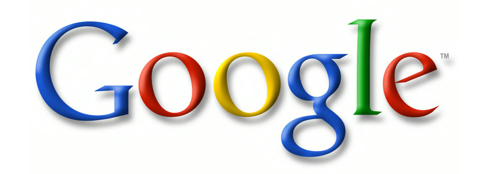





SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TS
CHRISTO ET ECCLESIAE

Holland

DIE ENTSTEHUNG DES WESTGOTHISCHEN GAIUS

VON

MAX CONRAT (COHN).

Verhandelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen te Amsterdam.

AFDEELING LETTERKUNDE.

NIEUWE REEKS.

Deel VI. N°. 4.

AMSTERDAM,
JOHANNES MÜLLER.
1905.

INHALTSVERZEICHNIS.

ERSTER ABSCHNITT.

Charakterisierung der Schrift.

ZWEITER ABSCHNITT.

Die herrschende Meinung über die Entstehung der Schrift: sie ist ein von dem westgothischen Gesetzgeber redigiertes römisches Produkt.

DRITTER ABSCHNITT.

DIE EIGENE ANSICHT ÜBER DIE ENTSTEHUNG DER SCHRIFT: SIE IST PRODUKT DES WESTGOTHISCHEN GESETZGEBERS.



§ 1. *Einleitung.*

1. Die folgende Untersuchung ist dem unter dem Namen Epitome Gai oder Westgothischer Gaius bekannten Produkte gewidmet, das als ein Teil des sogenannten Breviarium Alaricianum überliefert ist, der Kodifikation vom Jahre 506, die der Westgothenkönig Alarich II für die Römische Bevölkerung seines Reichs veranstaltete. Die Untersuchung stellt sich die Aufgabe, die Entstehungsverhältnisse des Werkes zu erörtern (Zweiter und Dritter Abschnitt), wobei es sich empfiehlt, die Lösung durch seine eingehende Charakterisierung vorzubereiten (Erster Abschnitt). Bot sich dann auf diesen Wegen ein Anlass, zu dem Verständnis der Schrift beizutragen, so habe ich nicht gezögert, ihm auch über die genannten Ziele hinaus nachzugehen *).

2. Als Text der Schrift ist die Ausgabe von E. Boecking im Bonner Corpus iuris Romani Anteiustiniani, 1831, (I, pars altera), die für die beste gelten kann [1]), zu Grunde gelegt. Ein hiervon

*) Auf eine, soweit ich sehe, in der Litteratur unbeachtet gebliebene Schrift von H. E. Moltzer über die Epitome Gai, eine Leidener Doctordissertation vom Jahre 1862 (Lugd. Bat.), bin ich erst nach Vollendung dieser Abhandlung aufmerksam geworden. Zu dem Inhalte der letzteren hat die Schrift insofern keine Beziehung, als sie die Entstehungsverhältnisse der Epitome nicht untersucht, sondern von der Annahme ausgeht, dass diese lediglich westgothische Arbeit ist. Sie führt den Titel De ratione qua ex auctoritate Alarici II, regis Visigothorum, Gaii Institutionum commentarii in Epitomem redacti sunt, und enthält demgemäss den Versuch, Aenderungen und Auslassungen, die der westgothische Kodifikator mit Bezug auf den Text des Gaius vorgenommen hat, und zwar nach Gründen geordnet, die hierzu Anlass gegeben haben, zu erörteren. Damit ergiebt sich aber auch, dass der Inhalt der Moltzerschen Schrift vielfach mit dem Inhalte der folgenden Untersuchung sich berührt, insbesondere mit ihrem ersten der Charakterisierung der Epitome gewidmeten Abschnitt und mit § 18. Zu einer Aenderung des von mir Gegebenen hat mir die Moltzersche Arbeit keine besondere Veranlassung gegeben, wie aber auch eine Bezugnahme auf die übrigens fleissige und als Erstlingsschrift durchaus anerkennenswerte Leistung, zumal im Hinblick auf die eigentliche Bestimmung dieser Abhandlung, nicht erforderlich erschien.

[1]) Vgl. Krüger, Geschichte der Quellen u. Litteratur d. Röm. Rechts (Krüger), S. 313 Note 32.

abweichender Text in der Ausgabe des Breviars von G. Haenel, 1859, (Lex Romana Visigothorum), ist dem Boeckingschen in Klammern beigefügt (ed. Haenel) [2]). Mommsens textkritische Erörterungen zur Ueberlieferung des Breviars in der Ausgabe des Codex Theodosianus, 1905, beziehen sich lediglich auf diesen und gestatten, soweit ich sehe, keine Verwertung für den Gaius.

---

[2]) Ueber bemerkenswerte Varianten der neuentdeckten Handschrift von Leon, nach der Reproduktion, 1896, (Legis Romanae Wisigothorum fragmenta ex codice palimps. s. Legion. ecclesiae) werde ich in der Note berichten (Cod. Leg.).

ERSTER ABSCHNITT.

CHARAKTERISIERUNG DER SCHRIFT.

§ 2. *Verhältnis zu Gaius im allgemeinen.*

1. Während die übrigen Teile der Westgothischen Kodifikation aus einem Grundtexte, dem Texte von kaiserlichen Konstitutionen oder Auszügen aus Juristenschriften, bestehen, stellt sich der westgothische Gaius als ein Werk dar, das die Institutionen des Gaius vertreten soll [3]) und Bearbeitung dieser Schrift ist [4]).

2. Ein Vergleich der Bearbeitung (GV.) mit dem Grundtext des Gaius (G.) ergiebt dann das Folgende. Sie hat Stoff, den das Original behandelt, weggelassen: doch hat sie umgekehrt auch Stoff aufgenomen, der bei Gaius fehlt. Des Weiteren aber weicht mit Bezug auf die hier wie dort behandelten Materien in zahlreichen Fällen unsere Schrift, in Hinsicht sowohl der Darstellungsweise als auch des Inhalts, von der Vorlage ab.

---

[3]) Für die Institutionen des Gaius ist die Ausgabe von E. Seckel und B. Kübler, 1903, benutzt.

[4]) Die Schrift führt sich mit den Worten ein (1,1 pr.): Gaii (Gaius, ed. Haenel) Institutionum liber primus (libro primo, ed. Haenel) dicit. An der Stelle, wo in der Vorlage das zweite Buch beginnt, heisst es folgendermassen (2,1 pr.): Gaius superiore commentario de iure personarum aliqua disputavit; nunc in hoc commentario de rebus iterum tractat.

§ 3. *Abweichungen von der Darstellungsweise des Gaius.*

1. Besonders charakteristische Punkte, die unsere Schrift im Verhältnis zu dem Grundtexte, zunächst in Hinsicht auf die Darstellungsweise, kennzeichnen, sind die folgenden. Im Wesentlichen giebt sie die Institutionen als Erörterung des von Gaius als geltend bezeichneten Römerrechts. Demgemäss übergeht sie Alles, was Gaius als obsoletes Recht aufführt [5]), während sie aus dem in den Institutionen überlieferten fremden Rechte [6]) lediglich den Satz herausgreift, dass alle Völker die Herrengewalt besitzen (1, 3, 1) [7]). Weiter unterlässt aber auch die Schrift, die von Gaius genannte Quelle der Rechtsvorschriften anzugeben [8]) und macht nur mit Bezug auf die Lex Falcidia eine Ausnahme (2, 6), wie man annehmen darf, um damit die Verwendung des Wortes Falcidia im Sinne der Falcidischen Quart zu erklären [9]). Selbst eine Charakterisierung der bezüglichen Rechtsquelle ist unterblieben [10]), wo sie

---

[5]) Beispiele. 1, 115a u. 2, 112 Unfähigkeit der Frau, ohne Capitis deminutio zu testieren. 1, 131 Befreiung von der väterlichen Gewalt durch Uebersiedlung in eine Lateinische Colonie. 1. 184 Ernennung eines Tutor bei Legisactio zwischen Tutor und Pupill. 2, 101—103 Testamentsformen. 2, 199; 205; 206 Recht der Kollegatare vor der Lex Papia. 2, 224—226 Vorläufer der Lex Falcidia. 2, 252 Universalfideikommissrecht. 2, 284—288 Verschiedenheiten von Legaten und Fideikommissen. 3, 17 Intestaterbrecht der Gentilen. 3, 189 u. 223 Poena manifesti furti und iniuriarum ex lege XII tabularum.

[6]) Beispiele. 1, 55; 189; 197 Recht der väterlichen Gewalt und der Tutel. 2, 40 Dominium simplex. 3, 96 Obligation aus eidlicher Zusage. 3, 134 Litterarum obligatio.

[7]) In potestate itaque dominorum sunt servi, quam potestatem omnes gentes habere certum est. Gaius bezeichnet an entsprechender Stelle (1, 52) die Dominica potestas als Iuris gentium, da bei allen Gentes den Herren das Ius vitae ac necis zukomme.

[8]) Es wird Inhalt der Lex Aelia Sentia sowie der Lex Junia Norbana (1, 1, 3—7) ohne die Quellenangabe des Gaius (1, 13; 37; 38; 40) aufgeführt. In dem G. 1, 128 entsprechenden Texte streicht GV. (1, 6, 1) die Erwähnung der Lex Cornelia.

[9]) Lege Falcidia constitutum est, ut quicumque heres fuerit (om., Cod. Leg.) institutus quartam partem totius hereditatis habeat. Quodsi testator hereditatem suam legatis exinanierit, hoc statutum est, ut Falcidiam sibi de imminutione legatorum heres retineat, constante nihilo minus testamento.

[10]) Häufig führt die Schrift Rechtsinhalt mit der Wendung Statutum est, Constitutum est ein (1, 2 pr. 2, 1, 4. 2, 2, 1. 2, 5, 7. 2, 6. 2, 8, 2; 6; 7), jedoch auch bei Verwendung des letzteren Ausdrucks ohne jede Beziehung auf kaiserliche Gesetzgebung.

nicht zur Erläuterung eines Sprachgebrauchs dienen sollte [11]), womit auch der Anlass hinfällig wurde, die Erörterungen über die Rechtsquellen, welche das Original einleiten, wiederzugeben (1, 1—7). Dabei wird der Stoff weithin in der Form schlichter Rechtssätze vorgetragen [12]); für den den Institutionen nicht fremden Gebrauch, den Rechtssatz in Äusserungen über einen Rechtsinhalt einzukleiden, findet sich in unserer Bearbeitung kaum ein Beispiel [13]).

2. Sieht man davon ab, dass die Schrift von den drei Abschnitten, in die Gaius seinen Stoff teilt, den letzten dem Ius quod pertinet ad actiones gewidmeten, nicht aufgenomen hat, so ergiebt sich,

---

Es ist sehr auffallend, dass die Einführung eines Rechtssatzes mit Constitutum est auch im Breviarauszug der Sentenzen und zwar bei Texten begegnet, die zu unserer Schrift eine nahe Beziehung haben, indem sie in ihr entweder benutzt sind (P. 3, 8, 4. P. 4, 1, 8) oder umgekehrt die Schrift benutzen (P. 3, 8, 6) (vgl. § 16, 4 u. 6 u. Note 264).

[11]) Wenn mit Bezug auf die Vorschrift, die die Erbschaft Ab intestato den Agnaten des Erblassers zuweist, das Wort Lex gebraucht wird (2, 8, 4 Non tamen omnibus simul agnatis lex hereditatem propinqui intestati dat), statt Lex XII tabularum der Vorlage (3, 11 [vgl. auch 1 u. 9]), so geschieht es offenbar, um die kurz darauf folgende Verwendung des Wortes Legitimus (heres) im Sinne des Erben, der sein Erbrecht auf jene Vorschrift gründet, zu erklären (2, 8, 5 Reliquae [R. vero, Cod. Leg.] feminae.. nec in capiendis hereditatibus propinquorum legitimae sunt), was dem Autor um so wünschenswerter erscheinen musste, als er den Ausdruck Legitimus heres auch im Sinne des gesetzlichen Erben überhaupt gebraucht (2, 1, 1 Sed et res hereditariae, antequam aliquis heres exsistat, id est quando dubitatur utrum scriptus an legitimus heres succedere debeat, in nullius bonis esse videntur). Die in der Schrift mit Bezug auf Handlungen, die zur Hinterziehung der Lex Fufia Caninia verübt sind, gebrauchten Worte In fraudem legis (1, 2, 3 Nam si aliquis in aegritudine constitutus in fraudem huius legis facere noluerit testamentum), werden, anders als in der Vorlage (1, 46), wo die Erwähnung der Lex Fufia Caninia unmittelbar vorhergeht (lex Fufia Caninia, quae in fraudem eius facta sint, rescindit. sunt ..senatus consulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt), nur im Sinne der Phrase des In fraudem legis Handelns gemeint sein (D. 1, 3, 29). Ueber sonstige Texte der Schrift (2, 1, 7 u. 2, 10, 6, die von Lex sprechen, vgl. Note 221 u. § 17, 3.

[12]) Die den Institutionen nicht ungeläufige Manier, den Inhalt einer Rechtsvorschrift in einer Demonstratio ad hominem darzulegen, ist vielfach bei Wiedergabe des ersten Buches der Vorlage fallen gelassen. Es wird z. B. das Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus des Gaius (1, 55) durch die Worte In potestate etiam patrum sunt filii ex legitimo matrimonio procreati (1, 3, 2) ersetzt. Statt Nec tamen omnes nobis uxores ducere licet (1, 58) heisst es (1, 4, 1) Sed non omnes personas uxores ducere licet, statt Cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil inpedimento erit nuptiis (1, 61) dagegen, wie folgt (1, 4, 2): nam si emancipatio intervenerit, nuptiae inter huiusmodi fratres licito contrahuntur. Insbesondere aber im weiteren Verlaufe ist indessen die bezeichnete Redeweise nicht vermieden (2, 1, 1; 4; 5; 7. 2, 2 pr. 2, 7, 8).

[13]) Ich habe Wendungen wie das Dicemus, das Intellegemus, mit denen Gaius einen Rechtsinhalt einführt, im Sinne.



dass sie in der Disposition im Wesentlichen [14]) an der Vorlage festhält [15]). Dagegen hat sie weithin die zahlreichen das systematische Gefüge blosslegenden Sätze der Institutionen unberücksichtigt gelassen [16]). Gelegentlich freilich kommt dann wieder das systematische Moment stärker zur Erscheinung. So tritt z. B. gleich zu Beginn der Schrift, wo sich der Autor die Aufgabe stellt, die drei Genera libertatum nach Thatbestand und Rechtsfolge zu erörtern, bei der von dem Verfasser gewählten Anordnung des Stoffs der Sachverhalt viel deutlicher heraus [17]), als in den Institutionen [18]). Mit Vorliebe formuliert der Verfasser definierende Sätze; so bestimmt die Schrift die Begriffe Nuptiae legitimae (1,4 pr.) [19]), Adoption (1,5 pr.) [20]), Tutores legitimi und testamentarii (1, 7, 1 u. 2) [21]), Sui (2, 8 pr.) und Agnati (2, 8, 3), meistens ohne dass Gaius hierin vorangeht, und lässt die Verwandtschaft von Begriffen auch in der Formulierung der Begriffsbestimmungen hervortreten [22]). Durch häufige Rückverwei-

---

[14]) Damit ist nicht gesagt, dass nicht einzelne kleine Abweichungen vorhanden sind. So entspricht z. B. die Stoffbehandlung GV. 1, 5, 2 u. 3 G. 1, 101; 104; 103 und ferner GV. 1. 7, 1 u. 2 der Reihe G. 1, 164; 165; 144; 146. Die Bürgschaft wird, nicht wie bei Gaius zum Schluss (3, 115 sqq.), sondern zu Beginn der Lehre von der Stipulation (2. 9, 2), im Anschluss an die auch bei Gaius (3, 92) neben den sonstigen Formeln aufgeführte Fideiussionsformel, besprochen.

[15]) Die Schrift ist in der Ueberlieferung in rubrizierte Titel geteilt. Eine Handschriftenklasse beginnt, wo in den Institutionen das zweite Buch einsetzt, eine neue Zählung, somit der Vorlage entsprechend, gleichsam ein neues Buch. Hierauf beruht die Einteilung der Schrift in zwei Bücher bei Boecking und Haenel. Cod. Leg. hat die Einteilung nicht, sondern zählt die Titel fortlaufend bis zu Ende. Dass sie der Kodifikation angehört, halte ich um so weniger für sicher, je leichter sich die Einrichtung in der genannten Handschriftenklasse aus den Note 4 aufgeführten Texten erklärt.

[16]) Beispiele von bezüglichem Text des Gaius, der an den entsprechenden Stellen unserer Schrift nicht wiedergegeben ist. 1, 9 = 1, 1 pr. 1, 48 = 1, 3 pr. 1, 97 = 1, 5 pr. 1, 124—127 = 1, 6 pr. 1, 142 u. 143 = 1, 7 pr. 2, 97 = 2, 2 pr. 2, 99 u. 100 = 2, 2, 1. 2, 191 = 2, 5 pr. 2, 246 = 2, 7 pr.

[17]) Der Gang der Auseinandersetzung (1, 1, pr. 1—4) ist der folgende. Es giebt drei Genera libertatum, Cives Romani Latini Dediticii. Jedes Genus wird dann definiert, und hernach aufgeführt und entwickelt, dass die Cives Romani den besten und die Dediticii den schlechtesten Status haben. Wie wenig durchsichtig sind im Vergleiche damit die Ausführungen bei Gaius (1, 12 sqq.).

[18]) Ein anderes Beispiel liefert die Darstellung der Substitution (2, 4 pr.): sie beginnt mit dem bei Gaius (2, 174—184) fehlenden Satze, dass die Substitution Vulgar-oder Pupillarsubstitution ist.

[19]) Legitimae sunt nuptiae, si Romanus Romanam nuptiis intervenientibus vel consensu ducat uxorem.

[20]) Adoptio naturae similitudo est, ut aliquis filium habere possit, quem non generaverit.

[21]) (Tutores). Legitimi sunt qui pupillo per virilem sexum propinquitate coniunguntur. Testamentarii sunt quos patres aut avi paterni in testamento suo tutores filiis aut nepotibus delegaverint.

[22]) Die Sui sind Per virilem sexum descendentes, die Agnaten Per virilem sexum propinquitate coniuncti. Der letzteren von der Schrift wiederholten (1, 7, 1. 2, 8, 3)

sungen wird das Verständnis zu fördern gesucht [23]). Besonders auffallend ist, dass zu verschiedenen Malen, wiederum ohne einen Anhalt im Grundtexte, Sätze als Regeln bezeichnet und herausgehoben werden, und dass dabei eine typische Ausdrucksweise begegnet [24]).

3. Ueber Punkte, die in den Institutionen als Gegenstand von Kontroversen erwähnt und vom Autor unentschieden gelassen werden, geht die Schrift regelmässig hinweg [25]). Gelegentlich entschliesst sie

---

Definition liegt eine Gaianische Äusserung (1, 156), Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti (vgl. auch 3, 10), zu Grunde.

[23]) Beispiele. 1, 4, 8 Quodsi quis incestas vel nefarias, id est qnae sunt superius (1—7) comprehensae, nuptias inierit (vgl. ferner 2, 1, 6. 2, 5, 3). Sehr häufig ist eine Rückverweisung auf früher Gesagtes (2, 1, 6. 2, 3, 2 u. 4. 2, 7, pr.; 6 u. 8. 2, 8, 2; 3; 6. 2, 9, 4 u. 17. 2, 10, 1).

[24]) Es heisst bezüglich des Satzes, dass, je nach Empfängnis in oder ausser der Ehe, das Kind den Status im Momente der Zeugung oder der Geburt erhält, (1, 4, 9): regula iuris hoc continet. Es heisst ferner Regulariter constitutum est hinsichtlich des Satzes Ut superposita inferioribus cedant (superficies solo cedit) (2, 1, 4), ferner mit Bezug auf den Satz Ut inter suos proximior longiore gradu positum non excludat, et non in capita, sed in stirpem dividatur hereditas, bez. den umgekehrten Satz hinsichtlich der Agnaten (2, 8, 2 u. 6), und schliesslich den Satz (regulare est), dass in Ermanglung von Sui und Agnaten die Kognaten erbberechtigt sind (2, 8, 7). Wohl diese Sätze, nicht aber die genannte Charakterisierung geht auf die Institutionen zurück: auf den Umstand, dass bei Gaius (1, 89 u. 2, 73) das mit Bezug auf den Erwerb des Status durch Geburt geltende Prinzip und das Superficies solo cedit aus der Naturalis ratio (dem Ius naturale) abgeleitet werden, lässt sie sich schwerlich gründen. Was sagt nun aber die Schrift, wenn sie die Sätze Regeln, um mit diesem Ausdrucke die Gaianische Redeweise wiederzugeben, nennt? Offenbar nicht, was z. B. die Lex Romana Burgundionum (5, 1 u. 10, 1) meint, wenn sie von einer Regula Gai spricht: sie will damit nämlich lediglich einen Satz als Äusserung des Schriftstellers bezeichnen. Denn Regula in diesem Sinne ist der ganze Gaius, bez. die ganze Bearbeitung, sodass das Regulariter statutum (constitutum) est für die ganze Schrift, nicht bloss für einzelne Sätze derselben, gelten müsste, überdies aber kaum anders als tautologisch zu verstehen wäre. Es ist aber ebenso wenig wahrscheinlich, dass die Schrift Regeln in der Paulinischen Bedeutung (D. 50, 17, 1), das ist Definitionen und kurze Zusammenfassung geltender Rechtssätze (vgl. Krüger, S. 129 Note 11) im Sinne hat: denn mit Bezug auf solche Regeln liess sich füglich nicht von einem Statutum (constitutum) est sprechen. Ich nehme an, dass mit dem Regulariter statutum (constitutum) est Recht bezeichnet wird, das zur Geltung kommt, so weit es nicht durch besondere Rechtsnormen beschränkt wird. In diesem Sinne bezeichnet Gaius selbst den Satz, dass das Kind eines Freien und einer Sklavin ein Sklave ist, als Iuris gentium regula und führt hiervon Ausnahmen auf (1, 82—86).

[25]) Beispiele. 1, 106 Altersverhältnis des Adoptivvaters und Adoptivkindes. 1, 188 Zahl der Genera tutelarum. 1, 196 Dauer des unmündigen Alters. 2, 200 Rechtslage beim bedingten Vindikationslegat. 2, 215 Rechtsverhältnis bei einem verschiedenen Personen Disiunctim vermachten Legatum sinendi modo. 2, 231 u. 234 Giltigkeit der Tutorenernennung Ante heredis institutionem, bez. Post mortem heredis. 2, 244 Giltigkeit des Legats zu Gunsten des Gewaltunterworfenen des Erben. 3, 98 Giltigkeit des Legats unter einer unmöglichen Bedingung. 3, 103 Rechtswirkung einer Stipulation „Sibi et ei, cuius iuri subiectus non est". 3, 140 u. 141 Erfordernis von Pretium certum beim Kauf. 3, 143—145 Kontroversen beim Mietvertrag. 3, 167[a] Rechtswirkung des

sich für eine der von Gaius überlieferten Meinungen. So wird mit Bezug auf die Spezifikation, statt des in den Institutionen (2, 79) berichteten Meinungsgegensatzes, lediglich die Auffassung der Sabinianer, die das Arbeitsprodukt dem Stoffeigentümer zuerkennen (2, 1, 5), wiedergegeben [26]). So erblickt die Schrift in dem Legatum per praeceptionem die Vergabung an einen Miterben und findet keinen Raum für die von Gaius nebenher erwähnte und ausgeführte Ansicht (2, 218; 221; 222), dass das Praezeptionslegat auch in Anwendung auf einen Nichterben vorkommen könne (2, 5, 7) [27]). So lässt die Schrift, ohne Hinweis auf die in den Institutionen gemeldete Kontroverse (2, 123), ein Testament, in dem ein Kind männlichen Geschlechts übergangen ist, auch im Falle seines Versterbens vor dem Beerbungsfall ungiltig sein (2, 3, 1) [28]). Ist es hier die von Gaius vertretene Meinung seiner Schule, die der Schriftsteller vorträgt, so wählt er ein anderes Mal in einer Streitfrage die in der Vorlage (2, 214) zwar erwähnte, aber nicht optierte Ansicht [29]). Ja wenn er in Durchführung der Regel Superposita inferioribus cedunt den Satz aufstellt, dass, wie die Cartulae scriptae dem Eigentümer der Cartulae, das Gemälde dem Eigentümer der Tafel zukommt (2, 1, 4) [30]), so vertritt Gaius vielmehr die Ansicht, dass

Erwerbs durch den Servus communis auf den Namen des einen Condominus. 3, 178 Rechtswirkung des Novationsvertrags mit Veränderung hinsichtlich der Verbürgung. Einigermassen gehört auch hierher, was G. 3, 74—76 über die Nachfolge in den Nachlass eines deditizischen Freigelassenen ausführt.

[26]) Quodsi quis ex uvis meis vinum aut ex spicis frumentum aut ex olivis oleum fecerit, eius vinum, triticum vel oleum est, cuius spicae aut uvae aut olivae fuerint. Si quis etiam ex tabulis alienis navem aut armarium aut quodcumque ad usum pertinens fecerit, simili ratione eius erunt quae facta fuerint (sunt, Cod. Leg.), de cuius ligno facta probantur. Similiter etiam si ex lana vel ex (om., ed. Haenel) lino alieno vestimenta fecerit, eius erunt vestimenta, cuius lana vel linum fuisse probabitur. Ich nehme an, dass sich der Verfasser zu seiner Stellungnahme durch den Schlusssatz bei Gaius (2, 79) hat bestimmen lassen, in welchem ausgeführt wird, dass auch nach Ansicht der Proculianer der frühere Eigentümer die Actio furti und Condictio habe, wie ja gegen Fures und sonstige Besitzer eine Condictio zulässig sei.

[27]) Praeceptionis vero legatum non nisi uni ex heredibus dari potest.

[28]) Nam si facto testamento, in quo filius masculus praetermissus est, evenerit, ut vivente adhuc patre filius, qui praetermissus est, moriatur, sic quoque, quamlibet filius ille mortuus fuerit, testamentum quod factum est, non valebit.

[29]) Beim Legatum sinendi modo vertritt die Schrift die Ansicht, dass der Beschwerte die Sache nicht zu liefern, sondern lediglich ihre Wegnahme zu dulden hat (2, 5, 6 In quo legato quoquo modo non quidem heres legatario rem, quae relicta est, iubetur tradere, sed vindicanti legatario non permittitur prohibere).

[30]) Item regulariter constitutum est, ut superposita inferioribus cedant, id est ut si quis in solo nostro sine nostro permissu domum aedificaverit, ad eum, cuius terra est, domus aedificata pertineat; vel si aliquis in agro nostro arbores aut vineas vel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedat; vel si messem in campo seminaverit, omnia haec, quae in terram alienam iactantur, domino terrae acquirantur. Quod et de



dem Maler das Eigentum gebührt, und hat selbst das Vorhandensein einer entgegengesetzten Auffassung mehr angedeutet als ausgeführt [31]). Es werden sodann Wiederholungen, die sich in den Institutionen finden, möglichst vermieden [32]). Man geht aber auch

chartis vel pergamenis, si in alienis scribat, licet aureis aut argenteis litteris, similiter eius est scriptura, cuius chartae aut pergamena fuerint (fuerit, ed. Haenel). Quod et de tabula, hoc est si aliquis in tabula mea picturam fecerit, observatur, quia statutum est, ut tabulae pictura cedat. Ich nehme an, dass die Schrift den Satz Superposita inferioribus cedunt, statt der Gaianischen Regel Superficies solo cedit (2, 73), formuliert, um damit diese Fälle einzubegreifen. An und für sich denkbar wäre freilich auch, dass dem Autor der Satz mit dem Superficies solo cedit identisch ist, und der Schriftsteller jene Fälle der Verbindung beweglicher Sachen nur auf die gleiche Ratio gründen, somit lediglich analogisch entwickeln will, wie es Gaius bezüglich der Cartulae scriptae thut (2, 77). Mir kommt es indessen weniger wahrscheinlich vor, weil Theophilus ad I. 2, 1, 30 u. 33 einen ganz entsprechend formulierten Satz, den er wiederholt einen Kanon nennt, Εἴκει τὰ ἐπικείμενα τοῖς ὑποκειμένοις, aufstellt und damit auch den Fall der Cartulae scriptae deckt. Allerdings legt die Fassung der von Theophilus kommentierten Vorlage (I. 2, 1, 33 Litterae.. periude chartis membranisque cedunt, acsi solo cedere solent ea quae inaedificantur aut inseruntur) die Aufstellung einer Regel, die auch den Fall der Cartulae scriptae einschliesst, näher als der unserer Schrift zu Grunde liegende Passus aus Gaius (2, 77).

[31]) Sagt unsere Schrift Statutum est, ut tabulae pictura cedat (vgl. die vorhergehende Note), so heisst es bei Gaius (2, 78): magis enim dicitur tabulam picturae cedere. Indessen fügt er, im Hinblick auf das vorhergehende Litterae cartulis sive membranis cedunt (2, 77) hinzu: cuius diversitatis vix idonea ratio redditur. Damit ist gesagt, dass Gaius für die von dem Falle der Cartulae abweichende Behandlung keinen rechten Grund anzugeben weiss. Hierin fand dann die Schrift den Anlass, eine dem Gaius entgegengesetzte Ansicht zu vertreten. Wie weit sie sich dabei durch die Regel oder durch zeitgenössische überwiegende Meinung leiten liess (vgl. Hitzig, Zeitschrift d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch., Rom. Abt. XIV. 203), lässt sich nicht sagen.

[32]) Beispiele. Der Begriff der Agnation wird bei Gaius an zwei Stellen, einmal mit Bezug auf Tutela legitima (1, 156), das andere Mal im Intestaterbrecht (3, 10) durch Beispiele erläutert; während die Schrift an den entsprechenden beiden Stellen (1, 7, 1 u. 2, 8, 3) von den Agnaten handelt, ist jene Ausführung nur an der zweiten aufgenommen. Gaius entwickelt den Begriff des Suus heres bei zwei Gelegenheiten, einmal in der Lehre vom Erbschaftserwerbe (2, 156) und sodann beim Intestaterbrecht (3, 2), und zwar im Wesentlichen in übereinstimmender Weise; in unserer Schrift ist zwar gleichfalls an den entsprechenden Stellen (2, 3, 6 u. 2, 8 pr.) von den Sui die Rede, wird aber die vollständige Ausführung nur an der letzteren Stelle gegeben. Die Sätze, dass der Sklave dem Herrn und der Niessbrauchsklave Ex duabus causis dem Niessbraucher erwirbt, ferner dass die Obligation nicht Ab heredis persona ihren Ausgang nehmen kann, sodann dass der Freigelassene Latinischen oder deditizischen Standes aktiv und passiv keine Erbfähigkeit besitzt, schliesslich dass die Lex Fufia Caninia der Freilassung Schranken auferlegt und namentliche Freilassung erfordert, finden sich in unserer Schrift nur einmal (2, 1, 7. 2, 9, 7. 1, 1, 4. 1, 2, pr. u. 2), bei Gaius mehrfach (1, 52. 2, 86. 3, 103 u. 163. — 2, 86 u. 91. 3, 165. — 3, 100 u. 158. — 1, 23—25. 2, 110; 218; 275. — 1, 42 u. 46. 2, 228). Dass eigne und fremde Sklaven erbeinsetzungsfähig sind, die eignen Sklaven Cum libertate als Heredes necessarii, wird in der Schrift nicht, wie es Gaius (2, 185—189) thut, noch besonders entwickelt, da es, entsprechend der Vorlage, bereits an anderer Stelle behandelt ist (2, 1, 7 u. 2, 3, 6 = G. 2, 87 u. 153); was G. 2, 185—189 sonst noch berührt, ist entweder selbstverständlich oder findet sich im Breviar in andern Teilen der Kodifikation erwähnt (vgl. Greg. 13, 1; P. 3 6, 13).

wohl nicht zu weit, wenn man annimmt, dass zu den in unserer Schrift übergangenen Texten aus den Institutionen des Gaius mehrere der Art gehören, deren Wiedergabe um der Selbstverständlichkeit ihres Inhalts willen [33]) in einer Bearbeitung, die, wie es die unsrige ist, der Vorlage gegenüber ihre Selbständigkeit wahrte, unterbleiben durfte [34]).

4. Weithin befleissigt sich die Schrift, den Text der Vorlage zusamenzufassen. Sie beschreibt z. B. das Universalfideikomiss mit den Worten, dass der eingesetzte Erbe aufgefordert wird, seine Erbschaft ganz oder zum Teil auszuantworten (2, 7 pr.) [35]); der Erbe wird dabei als Fideikommissar, nicht als Fiduziar, bezeichnet, indem der Schriftsteller, wie ich annehme, den Ausdruck Fideikommissar zur Bezeichnung derjenigen Person verwendet, an die der Erblasser seine fideikommissarische Verfügung richtet [36]). Hierin

---

[33]) Oder um ihrer Unzugehörigkeit willen: hierzu rechne ich, wenn Gaius (3, 94) ventiliert, ob der Gebrauch von Sponsionen für den Friedensschluss bei der Frage der privatrechtlichen Sponsionsfähigkeit des Peregrinen in Betracht kommt.

[34]) Indem die Schrift den Satz, dass die Intestaterbschaft nach den Sui dem nächsten Intestaterben deferiert wird, in dem natürlichen Sinne versteht, dass der Erblasser kein Testament errichtet hat, denkt sie lediglich an den zur Zeit des Todes des Erblassers nächsten Agnaten (2, 8, 4): dass im Falle der bei Gaius behandelten Eventualität einer Delation der Intestaterbschaft nach vorgängiger Delation Ex testamento (3, 13) der erbberechtigte Agnat der zur Zeit des Anfalls nächste Agnat ist, wird in der Schrift nicht erwähnt, versteht sich aber von selbst. Lücken, die sich sonst noch aus diesem Gesichtspunkte erklären lassen, sind etwa die folgenden. 1, 63 Nichtigkeit der Doppelehe. 2, 146 Rechtfertigung der Terminologie. 2, 237 Undenkbarkeit der Tutoris datio Poenae nomine. 2, 245 Schicksale eines Legats, mit dem der zum Erben eingesetzte eigne Sklave beschwert ist. 3, 18—24 negative Seiten des civilen Intestaterbrechts. 3. 97^{a} u. 99 Ungiltigkeit der Stipulation einer Sache, die nicht In rerum natura ist, bez. die dem Gläubiger gehört. 3, 104 u. 105 Ungiltigkeit einer Stipulation mit dem eignen Gewaltunterworfenen und der Stipulation eines Stummen oder Tauben. 3, 137 Zweiseitigkeit der Konsensualkontrakte im Gegensatz zu Stipulation und Litteralkontrakt. 3, 162 Verhältnis von Mandat zur Miete. 3, 222 Erfordernis für den Thatbestand einer an dem Herrn durch Beleidigung seines Sklaven verübten Injurie.

[35]) Potest aliquis recto iure heredem instituere et rogare eum, ut hereditatem suam aut omnem aut ex parte alii per fideicommissum redlat.

[36]) Die Schrift setzt nämlich den Text (vgl. Note 35), wie folgt, fort: nam si heredem directo iure non instituerit, fideicommissarius non potest ad alium acceptam hereditatem transmittere. Diese Worte gestatten sowohl an und für sich, als auch im Hinblick auf ihre Vorlage (G. 2, 248 Inprimis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituatur eiusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur) keine andere Erklärung als die, dass damit der Erbe als Fideikommissar bezeichnet wird. Hierfür bietet sich dann aber kaum eine andere Erklärung als die des Textes, da Nichts für die Annahme eines Lapsus des Autors oder einer Textkorruption spricht. Das Verständnis des Textes wird auch durch den Umstand unterstützt, dass in einem andern Teile des Breviars im Wesentlichen der gleiche Sprachgebrauch begegnet, indem die mit der fideikommissarischen Verleihung der Freiheit beschwerte Person, ein Rogatus wie der Fiduziar (G. 2, 264), Fideikommissar genant wird (P. 2, 25, 4 Int.). Dass fideikommissarische Verfügungen ebenso

ist dann zusammengefasst, was Gaius an drei verschiedenen Orten sagt: einmal dass der Fideikommissar die Erbschaft zu restituieren hat (2, 248), sodann dass auch der Teilerbe mit einem Universalfideikommiss beschwert werden kann (2, 259), schliesslich dass sich das Universalfideikommiss auch auf einen Teil desjenigen, was der Erbe empfängt, beziehen darf (2, 250 u. 259). Gaius behandelt den Fall, dass der Erblasser, der sich für insolvent hält, seinen Sklaven zum Erben einsetzt, um auf diesen das Odium der aus der drohenden Bonorum venditio erwachsenden Infamie abzulasten, und führt umständlich aus, dass sich der Verkauf des Vermögens nicht auf das von dem Erben nach der Freilassung erworbene, vielmehr nur auf das Erbschaftsvermögen bezieht (2, 154 u. 155): die Schrift weiss den letzteren Sachverhalt mit wenigen Worten, dennoch in völlig unzweideutiger Weise, wiederzugeben (2, 3, 6)[37]. Gaius geht bei der Erörterung der legitimen Tutel von der der Agnaten aus und knüpft daran, eine jede für sich, die Vormundschaft des Patrons und des Manumissor e mancipio (1, 155; 165; 166); indem unsere Bearbeitung ausspricht, dass es der Nächste zur Erbschaft ist, dem das nächste Recht zur gesetzlichen Tutel zukommt, charakterisiert sie die Vormundschaft der Agnaten als einen blossen Anwendungsfall der Tutel der gesetzlichen Erben, zu denen auch Patron und Manumissor e mancipio gehören (1, 7, 1)[38]. Diese Beispiele lassen sich ohne Mühe vermehren[39]. Andererseits verdeutlicht ge-

---

gut an den Beschwerten, wie an den Honorierten gerichtet worden können, lehrt z. B. im Breviar P. 4, 1, 5 u. 6. Sonst hat übrigens der Ausdruck Fideicommissarius, indem ihn die Vorlage im Sinne des Honorierten gebraucht, in unserer Schrift (2, 7, 2 u. 6), wie auch sonst im Breviar (P. 3, 11, 1), die ihm zukommende Bedeutung.

[37]) ..qui creditoribus tenentur obnoxii et putant se non tantum in substantia, quantum in debitis relinquere, ipsi servos suos manumittunt et heredes necessarios faciunt, ut quo magis heres quam dominus infamiam incurrat, cum res eius, id est hereditas domini, pro debitis venditur et creditoribus datur.

[38]) (Tutores...) Legitimi sunt qui pupillo per virilem sexum propinquitate coniunguntur (iunguntur, Cod. Leg.), et qui proximior fuerit de agnatis, ad ipsum legitima tutela pertinet; quia is, qui proximus fuerit ad tutelam, ipse proximus est et ad hereditatem. Der Gedanke kommt deutlicher zum Ausdrucke, wenn man mit den meisten Handschriften das Et gegen den Schluss weglässt. Dem im Texte angeführten Satze liegt eine Ausführung des Gaius (1, 165) zu Grunde: die Veteres haben aus dem Umstande, dass der Patron legitimer Erbe ist, auf seine Eigenschaft als legitimer Vormund geschlossen, weil bei den Agnaten Beides zusamentreffe.

[39]) Gaius (1, 144 u. 146) sagt, dass den Vätern das Recht der Tutoris datio zustehe, und bemerkt dann in einem neuen Satze, dass das Gleiche mit Bezug auf Enkel gelte. Unsere Schrift vereinigt Beides zu einem Satze (1, 7, 2 (Tutores..) Testamentarii sunt quos patres aut avi paterni in testamento suo tutores filiis aut nepotibus delegaverint). Mit dem Delegare könnte bereits, was Gaius an anderer Stelle (2, 240) sagt, gedeckt sein: tutor quoque certus dari debet; deutlicher noch sagt es P. 4, 12, 3 Int. Wenn Gaius den Kindern und Enkeln die Postumi anreiht (1, 147), so bedurfte es der Angabe

legentlich die Schrift den Text durch breitere Ausführung [40]). So ist insbesondere die Lehre vom Intestaterbrecht (2, 8, pr. 1—6) weit ausführlicher geraten als in den Institutionen (3, 1—17) [41]). Des Weiteren bewegt sich die Darstellung der Schrift in engem Anschluss an die Vorlage, freilich ohne jemals die Neigung des Autors zu verleugnen, den Ausdruck, sei es auch in Kleinigkeiten, zu variieren [42]).

---

dieses Sachverhalts nicht, da die Schrift an einer andern Stelle (2, 3, 2) den ehelich gezeugten Postumus mit den bereits geborenen Kindern gleichstellt. Ein weiteres Beispiel liefert die von der Schrift gegebene Darstellung von dem Numerus servorum testamento manumittendorum der Lex Fufia Caninia (1, 2 pr.), die G. 1, 43 u. 45 einschliesst. Die Formel für die Pupillarsubstitution ferner beginnt bei Gaius (2, 179) mit der Heredis institutio des Pupillen, während in einem besonderen Satze (2, 182) hinzugefügt wird, dass auch exheredierten Kindern substituiert werden könne; dagegen förmelt die Schrift (2, 4, 2) lediglich Ille filius meus si intra pubertatem decesserit, illum ei substituo. Was Gaius schliesslich mit Bezug auf die Erbfähigkeit des Freigelassenen Latinischen und deditizischen Standes getrennt überliefert (1, 23 u. 25), giebt die Schrift vereint mit den folgenden Worten (1, 1, 4): Latini et dediticii nec testamenta condere, nec sibi ex testamento aliorum aliquid dimissum possunt ullatenus vindicare. Man darf auch annehmen, dass hiermit zugleich ausgesagt werden soll, wozu Gaius wiederum zwei Sätze (1, 23 u. 24) braucht, dass nämlich zwar eine Unfähigkeit des Erwerbes aus letztem Willen besteht, indessen keine totale, indem sie sich nur auf das Directo hereditatis legatorumve nomine bezieht: unsere Schrift scheint, was sich nach ihrem Wortlaut wohl begreifen lässt, diese Angabe, bei der Gaius als Gegensatz den Erwerb aus Fideikommiss im Auge hat, auf Erbschaft und Vindikationslegat zu beziehen (nec sibi ex testamento aliorum aliquid dimissum possunt ullatenus vindicare). Ob der Ausdruck Dimissum gewählt worden ist, um auch die testamentarische Tutel einzubegreifen, bezüglich deren Gaius (1, 23) gleichfalls Erwerbsunfähigkeit annimmt, kann dahingestellt bleiben.

[40]) Sehr auffallend ist, wenn in der Definition des Dediticius die Worte der Vorlage Servi.. quibusve stigmata inscripta sunt (1, 13) einer breiten Auseinandersetzung Platz gemacht haben (1, 1, 3 in quorum facie vel corpore quaecumque indicia aut igne aut ferro impressa sunt, et ita impressa sunt, ut deleri non possint). Wenn G. 1, 37 sagt Qui in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, setzt die Schrift eine ausführliche Auseinandersetzung an die Stelle (1, 1, 5 u. 6): si aliquis multa debita habeat, cuius substantia creditoribus teneatur obnoxia, si in fraudem creditoris sui servos suos manumittere voluerit, collata manumissio non valet. Aut si libertus civis Romanus filios liberos non habuerit, et in fraudem patroni sui servos suos manumittat, similiter data manumissio non valebit. Ein weiteres Beispiel ist, dass als Causa manumissionis bei Freilassung seitens eines Herrn unter zwanzig Jahren der Fall angegeben wird, dass der Herr seine Eltern freilässt, die ihm, der selbst Freigelassener ist, von seinem Patrone geschenkt worden sind (1, 1, 7 ..minor manumissor, cui pater suus et mater a patrono donati sunt, eosdem manumittat): Gaius spricht lediglich von Freilassung der Eltern (1, 39).

[41]) So tritt insbesondere das sogenannte Repraesentationsrecht der Enkel deutlicher heraus (2, 8, 2 u. 6).

[42]) Man vergleiche z. B. die folgenden Texte in der Version des Gaius und derjenigen unserer Schrift.

5. Nach alledem lässt sich mit Bezug auf die Darstellungsweise unserer Schrift sagen, dass der Autor sich die Aufgabe gestellt hat, den Stoff der Institutionen des Gaius in einer einerseits gedrängten, andererseits klaren und übersichtlichen Darstellung unbestrittenen Römischen Rechts vorzutragen. Liegt hierin ein verständiger Plan, so ist auch seine Durchführung mit Urteil und Sorgfalt geschehen [43].

G. 2, 12 u. 13.	VG. 2, 1, 2.
Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, velut fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles.	Praeterea quaedam res corporales sunt, quaedam incorporales. corporales sunt quae manu tangi possunt, velut ager, mancipium, vestis, aurum, argentum, et his similia.
G. 2, 263—265.	GV. 2, 7, 7.
Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut vel heres rogetur manumittere vel legatarius. Nec interest, utrum de suo proprio servo testator roget an de eo, qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit. Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet. quodsi dominus eum non vendat, sane extinguitur fideicommissa libertas, quia hoc casu pretii computatio nulla intervenit.	Libertates etiam servis per fideicommissum dari possunt, ut heres vel legatarius ea mancipia manumittant, quae testator ab iis, ut manumitterent, speravit. Nec interest utrum hoc testator de suis servis, an de ipsius heredis, vel de legatarii, aut de alienis fieri iubeat. Quodsi de alienis fecerit, similiter cogitur heres emere ipsum servum et manumittere. quod si illum dominus suus nolit vendere, perit per fideicommissum data libertas, quia in hac re heres aestimationem in pretio dare non cogitur.

[43]) Hitzig, a. d. Note 31 a. O. (Hitzig), S. 221, stellt sich die Frage, ob die Art der Stoffbehandlung in dem Verfasser einen besonders gewandten Juristen erkennen lässt. Es kann dies dahingestellt bleiben. Wenn aber Hitzig, der die Frage verneint, hierfür auf unpassende Verknüpfungen und Verweisungen, auf überflüssige Wiederholungen sowie auf unbefriedigende Definitionen sich beruft, so trifft es m. E. nicht zu. Definitionen, wie Ingenui qui ingenui nati sunt (1, 1 pr.), Legitimae nuptiae, si Romanus Romanam nuptiis intervenientibus vel consensu ducat uxorem (1, 4 pr.) mögen, weil das zu definierende Wort in der Definition wiederkehrt, nicht elegant sein: indessen tritt doch das gleiche Wort nicht beide Male in gleicher Bedeutung auf (Ingenuus einmal als freigeboren, das andere Mal als frei; Nuptiae einerseits als Ehe, andererseits etwa als Hochzeit). Als Beispiel einer unpassenden Verknüpfung giebt Hitzig an, dass dem Satze Nam et feminae adoptari possunt, ut loco filiarum adoptivis patribus habeantur der Satz Feminae adoptare non possunt unter Einfügung von Vero hinter Feminae angereiht wird (1, 5, 2). Hitzig meint, dass der Satz vielmehr Adoptare vero feminae non possunt hätte lauten müssen und in der überlieferten Fassung nachlässiger Weise aus G. 1, 104 herübergenommen sei, an welcher Stelle die Wortstellung als Gegensatz zu den vorangehenden Worten (1, 103) Spadones adoptare possunt ihren guten Grund hatte. Indessen glaube ich, dass nach den Regeln der Grammatik auch die gewählte Wortstellung nicht zu beanstanden ist (vgl. z. B. I. 1, 12 pr. 2, 1, 37). Worin in GV. 1, 1, 4, welche Stelle Hitzig hierfür anführt, die überflüssige Wiederholung gelegen ist, weiss ich nicht. Wenn die Schrift endlich, wegen des von ihr aufgestellten Satzes Legitime concepti pro natis habentur (2, 3, 2), auf die von ihr an früherer Stelle aufgestellte Regel verweist, dass ehelich Gezeugte im Augenblick der Empfängnis ihren Status erhalten (1, 4, 9), so liegt hierin gewiss ein eigentümliches Verständnis der Regel (vgl. Note 91), aber keine unpassende Verweisung.

§ 4. *Abweichungen von Gaius mit Bezug auf Inhalt und Mass der Materien.* a. *Einleitung.*

1. Ich gehe nunmehr dazu über, das Verhältnis der Schrift zum Grundtexte mit Bezug auf das Mass der zur Behandlung kommenden Stoffe sowie im Punkte des Inhalts der hier wie dort behandelten Materien festzustellen. In dieser Hinsicht wurde bereits die Frage, ob sich in der Bearbeitung auch Stoff, der bei Gaius fehlt, aufgenommen findet, beantwortet (vgl. S. 3). Inwieweit dabei unsere Schrift aus den übrigen Teilen des Breviars geschöpft hat, wird später zur Darstellung gelangen: dass sie aber sonst noch Stoff überliefert, der bei Gaius fehlt, ist jedenfalls nur ein seltenes Vorkommnis. Das will natürlich nur sagen, Stoff, der in einem vollständigen Gaius fehlt: denn mehrfach fördert die Bearbeitung Stoff zu Tage, den unsere nicht lückenlosen Ueberlieferungen, Handschrift und sonstige Ueberreste, vorenthalten, während andererseits kein Grund vorhanden ist, um anzunehmen, dass er nicht auf die Institutionen zurückgeht [44]). Insbesondere gehört zu dem weder aus Gaius noch aus den übrigen Teilen des Breviars geschöpften Material, was mit Bezug auf Freilassungshandlungen In fraudem der Lex Fufia Caninia überliefert wird [45]).

2. Häufiger kommt es dagegen vor, dass eine Materie, die die

[44]) Es kommen in dieser Hinsicht insbesondere die folgenden Stellen der Schrift in Betracht. 1, 6, 3 Emanzipation = G. 1, 132. 1, 8 Cura = G. 1, 196. 2, 1, 3 Praedialservituten = G. 2, 14. 2, 2, 1—3 Testamenti factio activa = G. 2, 111 u. 113. 2, 3, 2 Noterbrecht des Postumus = G. 2, 132. 2, 9, 3 u. 4 Dotis dictio und Jurata operarum promissio = G. 3, 95^{a} u. 96.

[45]) G. 1, 46 bezeichnet schon das In orbem scribere der freizulassenden Sklaven als eine durch das Gesetz selbst für nichtig erklärte Handlung In fraudem der Lex Fufia Caninia und fügt hinzu, dass noch spezielle Senatuskonsulte Handlungen In fraudem des Gesetzes rescindieren. Wenn VG. zunächst (1, 2, 2) von dem In orbem (In circulo) scribere spricht und hernach (1, 2, 3 u. 4) von dem Verbote bestimmter, wie es heisst, In fraudem vorgenommener Handlungen redet, ist anzunehmen, dass damit der Inhalt jener Senatuskonsulte angegeben werden soll. Dass übrigens die Angaben nicht authentisch, sondern erfunden sind, halte ich nicht für ausgeschlossen.

Schrift ihrer Vorlage entlehnt, in grösserem oder geringerem Massstabe anders vorgetragen wird. Durchgängig geschieht es, ohne dass die Schrift diesen Sachverhalt konstatiert. Hiervon besteht indessen, wenn ich vorläufig davon absehe, dass die Schrift die den Institutionen eigne Verwendung des Ausdrucks Res sancta für Muri portae und dergleichen als eine bei den Alten gebräuchliche Redeweise bezeichnet (2, 1, 1), eine einzige Ausnahme. In der Darstellung (1, 6, 3), die sie von der Freilassung aus der väterlichen Gewalt giebt, heisst es nämlich mit Bezug auf die Instanz, vor der der Emanzipationsakt zu geschehen hat, dass die Handlung ehedem vor dem Praeses vorgenomen zu werden pflegte und nunmehr vor der Kurie zu verrichten ist [46]). Offenbar soll damit einer als veraltet charakterisierten Angabe des Gaius eine dem zeitgenössischen Recht entsprechende an die Seite gesetzt werden [47]). Im übrigen bietet gerade auch diese Erörterung lediglich ein weiteres Beispiel dafür, dass die Schrift, ohne Hervorhebung der Abweichung, von einer Materie eine Vorstellung giebt, die sich mit der von Gaius (1, 132) gegebenen nicht deckt: das Geschäft der Freilassung aus der Patria potestas besteht nämlich nach den weiteren Ausführungen der Schrift lediglich in dem dreimaligem Scheinverkauf Seitens des wirklichen Vaters, Certus pater, an den Pater fiduciarius [48]),

[46]) Quae tamen emancipatio solebat ante praesidem fieri; modo ante curiam facienda est.

[47]) Die Darstellung des Gaius (1,132) ist nicht vollständig erhalten, so dass sich darin auch die Stelle, wo das Geschäft vorzunehmen ist, nicht genannt findet.

[48]) Die Schrift beginnt die Darstellung mit den Satze, dass durch Emanzipation die Kinder Sui iuris werden (Item per emancipationem filii sui iuris efficiuntur). Unter Emanzipation wird aber Nichts anderes verstanden, als das Manzipationsgeschäft, der im Wesentlichen, nur unter Ersatz des Libripens und des Antestatus durch zwei weitere Zeugen überkommene Scheinverkauf seitens des wirklichen Vaters an einen sogenannten Pater fiduciarius (Emancipatio autem, hoc est manus traditio, quaedam simititudo venditionis est: quia in mancipationibus (emancipationibus, ed. Haenel et Cod. Leg.), praeter illum, hoc est certum patrem, alius pater adhibetur, qui fiduciarius nominatur. ergo ipse (iste, Cod. Leg.) naturalis pater filium suum fiduciario patri mancipat, hoc est manu tradit, a quo fiduciario patre naturalis pater unum aut duos nummos, quasi in similitudinem pretii accipit, et iterum eum acceptis nummis fiduciario patri tradit. hoc secundo et tertio fit, et tertio eum (cum, ed. Haenel, om. Cod. Leg.) fiduciario patri mancipat et tradit, et sic de patris potestate exit ..ubi quinque testes cives Romani in praesenti erunt, et pro illo, qui libripens appellatur, id est stateram tenens, et qui antestatus appellatur, alii duo, ut septem testium numerus impleatur): das Wort Manzipation (Emanzipation) wird etymologisch als Uebergabe mit der Hand aufgefasst (Emancipatio, hoc est manus traditio; mancipat, hoc est manu tradit; mancipat et tradit). Zur Entlassung aus der väterlichen Gewalt, bez zum Erwerb der Gewaltfreiheit, werden demnach einerseits drei Emanzipationen, bez. bei anderen Kindern als dem Sohne, einmalige Emanzipation, andererseits kein Manumissionsakt erfordert (..filius masculus tribus emancipationibus de potestate patris exit et sui iuris efficitur.. Feminae vel nepotes masculi ex filio una emancipatione de patris vel avi exeunt potestate, et sui iuris efficiuntur. Et hi ipsi (quamlibet) una mancipatione de patris vel avi potestate exeant..). Wenn dann

wie das zur Zeit der Abfassung der Schrift der Fall gewesen ist [49]).

3. Noch weit häufiger begegnet in unserer Schrift, dass eine Materie, die in den Institutionen des Gaius behandelt ist, ausgeschieden wird, sodass sich vornehmlich aus diesem Grunde unsere Bearbeitung schliesslich als eine sehr stark verkürzte Ausgabe der Vorlage darstellt. Die wesentlichsten Abweichungen unserer Schrift hinsichtlich Inhalt und Mass der Materien, die sich bei Gaius behandelt finden, sollen dann im Folgenden dargestellt werden. Es geschieht nach der Gaianischen Einteilung des Rechtsstoffs in das Ius quod ad personas pertinet und das Ius quod ad res pertinet (1, 8), bez. etwa dementsprechend oder vielmehr in Personenrecht und Vermögensrecht, da sich eine strenge Bindung an das Gaianische System nicht empfiehlt.

---

unsere Schrift von der Emanzipation aussagt (vgl. Note 46), dass sie ehedem vor dem Praeses, nunmehr vor der Kurie vollzogen wird, so bezieht sie bei dem von ihr festgehaltenen Sinne des Wortes und nach dem Platze, den der Satz einnimmt (er steht in dem ersten Texte dieser Note an der durch Punkte bezeichneten Stelle, zwischen Exit und Ubi quinque testes), dies auf das Manzipationsgeschäft, was natürlich nicht zutreffend ist. Der Manumission wird nur in der Verbindung gedacht, dass der wirkliche Vater, der, statt des Pater fiduciarius, sein emanzipiertes Kind zu beerben verlangt, nach den drei Emanzipationen, bez. nach der einen Emanzipation, das Kind sich manzipieren lassen und manumittieren muss, da er nur als manumittierender Pater fiduciarius erben kann (tamen cum tertio mancipatus fuerit filius a patre naturali fiduciario patri, hoc agere debet naturalis pater, ut ei a fiduciario patre remancipetur et a naturali patre manumittatur, ut si filius ille mortuus fuerit, ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius succedat. Feminae vel nepotes masculi ex filio.. quamlibet una mancipatione de patris vel avi potestate exeant, nisi a patre fiduciario remancipati fuerint, et a naturali patre manumissi, succedere eis naturalis pater non potest, nisi fiduciarius, a quo manumissi sunt. nam si remancipatum eum [om., ed. Haenel] sibi naturalis pater vel avus manumiserit, ipse eis in hereditate succedit).

[49]) Dass die Entlassung aus der väterlichen Gewalt im Wege der Manzipation, bez. des Scheinverkaufs an den Pater fiduciarius, für den Verfasser nicht Antiquität, sondern geltendes Recht ist, folgt, wie schon im allgemeinen aus dem Charakter der Arbeit als einer Darstellung des geltenden Rechts (vgl. § 11, 1), insbesondere aus dem Umstande, dass, wenn die Schrift mit Bezug auf den einen Punkt der Behörde, vor der das Geschäft vorgenommen wird, neben dem geltenden Rechte das alte verzeichnet, hiermit die Aktualität der sonstigen auf das Geschäft der Entlassung des Hauskindes bezüglichen Erörterungen bekräftigt wird. Will nun aber eine Schrift geltendes Recht vortragen, so ist auch zu vermuten, dass sie wirkliches Recht der Zeit giebt. Jedenfalls ist Entlassung des Hauskindes mittels Manzipation, bez. Fiduzierung, das Recht der Westgothischen Kodifikation, da letztere unseren Text aufgenommen hat, aber auch noch andere Stellen enthält, die es bezeugen (P. 2, 26, 2 Singulae mancipationes vel iisdem vel aliis testibus fieri possunt, vel eodem die vel intermisso tempore. C. Th. 5, 1, 3 Int. Filia, quam fiduciatam nominavit, hoc est mancipata): es muss dann aber natürlich auch Recht einer früheren Abfassungszeit der Schrift gewesen sein, wollte man annehmen, was hier noch dahingestellt bleibt, dass unsere Bearbeitung der Institutionen aus der Zeit vor der Kodifikation stammt. Es fragt sich nur, wie sich der Wegfall des Manumissionsakts erklären lässt. Es lag nahe, das Recht der Entlassung aus der väterlichen Gewalt in den von Gaius (1, 132) bei seiner Darstellung aufgeführten Zwölftafelworten Si pater

Die genannte Einteilung (1, 8), die sich bei Gaius den, wie bereits erwähnt wurde (vgl. S. 5), gleichfalls fehlenden Erörterungen über die Rechtsquellen (1, 1—7) anschliesst, ingleichen aber auch, was Gaius als Ius quod ad actiones pertinet zusammenfasst, somit das vierte Buch der Institutionen und Sonstiges, was auf das Verfahren Bezug hat (1, 184. 2, 194; 204; 213; 278; 279. 3, 77—81; 83 [Lites contestatae legitimo iudicio]; 180; 181; 199 [Furtum an dem Iudicatus]) sind in der Bearbeitung ausgeschieden.

---

ter filium venum duit, a patre filius esto und in seiner Äusserung, dass die dritte Manzipation, auch ohne Manumission, das Kind aus der väterlichen Gewalt austreten lasse (tertio pater cum mancipat eaque mancipatione desinit in potestate patris esse etiamsi nondum manumissus sit), zu erblicken und den Schriftsteller in dem Sinne zu verstehen, dass schon die dreimalige Manzipation das Kind zur Persona sui iuris mache. Die Äusserung des Gaius, dass das Kind nach den den ersten beiden Manzipationen sich anschliessenden Freilassungen in die väterliche Gewalt zurückfällt, liess sich dann in dem Sinn auffassen, dass, indem mit der Manumission der beabsichtigte Effekt der Entlassung aus der väterlichen Gewalt nicht erreicht wird, die Manumission ein für den Zweck der Lösung unnützes und überflüssiges Geschäft ist. Meinte man dann eine Bestätigung der Auffassung, dass Manumissionsakt und Emanzipationsakt verschiedene Dinge sind, in Äusserungen wie P. 2, 26, 4 (Apud magistratus municipales, si habeant legis actionem, emancipari et manumitti potest) und C. Th. 2, 8, 1 Int. (Quamvis sancto die dominico omnes lites ac repetitiones quiescere iusserimus, emancipare tamen ac manumittere minime prohibemus, et de his rebus gesta confici pari ordinatione permittimus) finden zu können? Dass durch Ausscheidung des Manumissionsakts das in der blossen Wiederholung des Scheinverkaufs bestehende Procedere des Entlassungsgeschäfts zur blossen Form sich gestaltet und zwar zu einer sinnlosen Form herabsinkt, liegt auf der Hand: denn wozu soll denn die Manzipation dienen und woher soll bei der dritten Wiederholung des Verkaufs dem Kinde die Freiheit erwachsen? Indessen beweist schon die irrtümliche Versetzung des alten Manzipationsgeschäfts vor den Magistrat sowie die doch gewiss irrige Bezeichnung des Scheinkäufers als Pater fiduciarius, was dann etwa Scheinvater bedeuten soll, dass das Verständnis für das alte Manzipationsgeschäft verloren gegangen ist. Uebrigens ist zu bemerken, dass die in der Schrift vertretene Auffassung der Emanzipation zur Zeit der Abfassung der Schrift keine besonderen Konsequenzen haben konnte, da sich daran stets, vielfach gewiss unverzüglich, die Manumission durch den Pater fiduciarius angeschlossen haben wird, und diese wie jene Handlung vor der Kurie verrichtet wurde, deren Thätigkeit dann in der Aufnahme der Acta bestand, wie dies die zuletzt genannten Texte — die Magistratus in P. 2, 26, 4 sind von der Kurie zu verstehen — zeigen.

§ 5. *Fortsetzung.* b. *Allgemeine Punkte.*

1. Bevor ich zu einer Darstellung der Abweichungen von dem Grundtext, mit Bezug auf Inhalt und Mass der Materien, nach der Einteilung des Rechtsstoffs in Personenrecht und Vermögensrecht übergehe, will ich einige auf diesen Gegenstand bezügliche Punkte behandeln, die allgemeiner Natur sind. Es soll dann zunächst des Umstands gedacht werden, dass in der Bearbeitung die auf die alte Religion Bezug habenden Äusserungen der Vorlage entfernt oder durch Beziehungen christlicher Art ersetzt worden sind. Dass die Freilassung in der Kirche den Platz der Manumissio censu eingenommen hat, wird später (vgl. S. 36) noch gezeigt werden: dagegen ist hier im Besonderen [50]) auf dasjenige hinzuweisen, was die Schrift mit Bezug auf die von Gaius überlieferte Einteilung der Sachen in Res divini iuris Res publicae und Res privatae berichtet [51]). Sie eignet sich nämlich diese Dreiteilung der Sachen an, giebt ihr aber nicht das gleiche Verständnis (2, 1, 1) [52]). Sie unterscheidet somit Res nostri iuris Res divini iuris und Res publici iuris: aber weder die Res divini iuris noch die Res publici iuris sind das gleiche, was sie bei Gaius vorstellen. Die Schrift kennt, was zunächst die Res divini iuris anlangt, hiervon nur eine Art, nämlich, wie es heisst, die Ecclesiae, id est templa Dei vel ea patrimonia ac substantiae, quae ad ecclesiastica iura pertinent, somit Kirchen und Besitz und Vermögen kirchlichen Rechts, und unterscheidet danach nicht in der

---

[50]) Ferner fehlt G. 1, 130 (Aufhebung der Patria potestas durch Bekleidung heidnischer Priestertümer).

[51]) Gaius teilt zunächst in Res divini iuris und Res humani iuris und scheidet dann die letzteren in Res publicae und privatae (2, 2 u. 10).

[52]) Omnes itaque res aut nostri iuris sunt aut divini aut publici. nostri iuris sunt quae in proprietate nostra esse noscuntur. divini iuris sunt ecclesiae, id est templa dei vel ea patrimonia ac substantiae, quae ad ecclesiastica iura pertinent. publici iuris sunt muri, fora, portae, theatra, circus, arena, quae antiqui sancta appellaverunt, pro eo, quod exinde tolli aliquid aut coniungi (contingi, ed. Haenel u. Cod. Leg.) non liceret: sed (om., Cod. Leg.) haec omnia in nullius bonis sunt; ideo publici iuris esse dicuntur. Sed et res hereditariae, antequam aliquis heres exsistat, id est quando dubitatur utrum scriptus an legitimus heres succedere debeat, in nullius bonis esse videntur.

Art der Institutionen des Gaius (2, 3—8) drei Klassen von Res divini iuris, erstens Res sacrae im Sinne der den Dii superi konsekrierten Sachen, sodann Res religiosae als Sachen, die den Dii Manes geweiht sind, und drittens Res sanctae, wie Muri portae. Während aber die Schrift von den den Dii superi oder den Dii Manes gewidmeten Sachen überhaupt nicht redet, versetzt sie die genannten von Gaius als Res sanctae aufgeführten Gegenstände, wie Muri portae, unter Vermehrung des Katalogs durch Hinzufügung von Fora theatra circus arena [53]), in jene andere Kategorie der genannten Dreiteilung, unter die Res publici iuris. Vermutlich glaubte der Verfasser damit den Sinn des Gaius (2, 8; 9; 11) zu treffen [54]), als erblicke Gaius in der Res sancta keine wahre, eine nur uneigentliche Res divini iuris und werde von ihm diese — uneigentliche — Qualität der Res sancta als Res divini iuris auf den Umstand gegründet, dass sie, wie die Res divini iuris, Nullius in bonis sei: indem aber zu den Sachen Nullius in bonis neben den Res divini iuris die Res publicae gehören [55]), seien eben jene Res sanctae keine andern als die Res publicae. Erscheint somit, was bei Gaius Res sancta ist, in unserer Schrift als Res publica, so gedenkt diese wiederum auch des Ausdrucks Res sancta. Sie bezeichnet nämlich die Verwendung des Ausdrucks einer Res sancta für die Res publica, somit für eine Kategorie von Sachen, der nach christlichen Begriffen gewiss nichts Heiliges anhaftete, als eine, die bei den Alten in Gebrauch gewesen ist: die Alten haben sie Res sancta genannt [56]).

---

[53]) Forum vel theatrum wird I. 3, 19, 2 als Res publica, quae usibus populi perpetuo exposita est genannt. Dass die Schrift sich zur Vermehrung des Katalogs einer Quelle bedient hat, braucht man durchaus nicht anzunehmen.

[54]) Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodam modo divini iuris sunt. Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est. Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur.

[55]) Nullius in bonis natürlich im Sinne von Sachen, die des Privateigentums unfähig sind. Als Res privatae (res nostri iuris), die Nullius in bonis sind, werden übereinstimmend mit Gaius (2, 9) genannt die Res hereditariae antequam aliquis heres exsistat, indessen mit dem Zusatze Id est quando dubitatur, utrum scriptus an legitimus heres succedere debeat (vgl. Note 52). Dieser Zusatz erscheint zunächst unbefriedigend (vgl. Hitzig S. 213). Es komt indessen der Satz in Betracht: in legitimis hereditatibus successio non est. Danach bestand dann eine Herrenlosigkeit der Erbschaftssachen im Sinne zeitweiliger Unentschiedenheit, ob diese oder jene Person die Erbschaft (als Alleinerbe) erwerben werde, in der That nur in dem Falle der testamentarischen Delation. Aber gerade in der Perspektive auf den Erwerb von Seiten dieser oder jener Person zeigt sich das Wesen dieser Art Herrenlosigkeit am deutlichsten: auch liess sich das Wort Aliquis in Antequam aliquis heres exsistat, statt des blossen Antequam heres exsistat, in dem Sinne verstehen, dass es sich um eine von verschiedenen Personen handelt.

[56]) Antiqui sancta appellaverunt. Hieran schliest sich: pro eo, quod exinde tolli aliquid aut coniungi non liceret. Coniungi liest aber nur eine Handschrift; ed. Haenel und Cod. Leg. haben, mit der grossen Zahl von Handschriften, Contingi (vgl. Note 52). Diese Lesart

Es liegt dann auf der Hand, dass der Autor nicht selbst sich dieses Sprachgebrauchs bedienen konnte. Wenn er daher an einer andern Stelle (2, 9, 5), wo er von einer Stipulation mit unmöglichem Leistungsinhalt handelt, von dem Versprechen eines Locus sacer aut sanctus aut religiosus redet, so kann er mit dem Locus sanctus ebensowenig die Res sancta im Sinne der Alten, bez. des Gaius, meinen, wie mit Locus sacer, bez. religiosus, den von Gaius in seiner Einteilung der Res divini iuris den Worten Sacer und Religiosus gegebenen Sinn, die Bedeutung der den Dii superi, bez. den Manen geweihten Sache, verbinden; denn der Autor kennt gar nicht die Res sacra und Res religiosa als Unterbegriffe der Res divini iuris. Dass andererseits die Erwähnung jener Bezeichnungen aus gedankenlosem Abschreiben der Vorlage (3, 97) zu erklären ist, lässt sich ebensowenig annehmen: diese spricht zwar von Locus sacer und Locus religiosus, nicht aber von Locus sanctus, sodass demnach der Text des Gaius in unserer Schrift nicht lediglich ausgeschrieben wurde, und wenn uns bisher noch nichts begegnet ist, was auf einen gedankenlosen Verfasser schliessen lässt, so darf man ein Versehen am allerwenigsten in dem fraglichen Punkte erwarten. Man wird daher den Text dahin zu verstehen haben, dass mit dem Locus sacer aut sanctus aut religiosus Varianten der Res divini iuris unserer Schrift, Varianten der Ecclesiae vel ea patrimonia ac substantiae, quae ad ecclesiastica iura pertinent angegeben werden, bez. die Ausdrücke Locus sacer Locus religiosus Locus sanctus, der juristischen Latinität des Christentums entsprechend, verwendet worden sind [57]).

2. Wenn Gaius den Gegensatz von Ius civile und Ius gentium entwickelt und sich die Aufgabe stellt, im Einzelnen anzugeben

---

verdient den Vorzug. Denn die Zusammenstellung von Tollere und Contingere begegnet in der Schrift auch sonst, nämlich als Thatbestand des Furtum (vgl. Note 183) (2, 10, 3 Praeterea qui rem alienam invito aut nesciente domino contingit vel tollit, aut de loco movere praesumit) und ist, gerade in diesem Sinne, hier wohl angebracht: die Alten nannten die Sachen heilig, weil sie, obschon Nullius in bonis, doch, wie die Res nostri iuris, gegen Kontrektation geschützt sind. Das Coniungi stützt Ed. Boecking ad h. l. auf einen Text aus Ulpian (D. 1, 8, 9, 4), der, wie folgt, lautet: muros autem municipales nec reficere licet sine principis vel praesidis auctoritate nec aliquid eis coniungere vel superponere; doch ist ja in unserer Schrift nicht bloss von Mauern die Rede und erklärt sich aus dem Verbot des Coniungere ihre Sanktität viel weniger leicht als aus dem Verbote der Kontrektation. Auch grammatikalisch macht der Text in der Fassung der Ed. Boecking einige Schwierigkeit.

[57]) Z. B. wie in der Epitome Juliani weithin (Cap. 39 sancta vasa, religiosa domus, religiosus locus). Auch die Justinianischen Institutionen verstehen unter Res sacrae die Aedes sacrae et dona, quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt (2, 1, 8).



(1, 1), welches Institut zu dieser oder jener Rechtsmasse gehört, so ist hiervon in unserer Schrift nichts übrig geblieben [58]). Aber während dieser Sachverhalt leicht damit erklärt werden kann, dass mit dem bald (vgl. S. 35) zu erörternden Wegfall einer Verschiedenheit des Ingenuitätsstatus der genannte Gegensatz seine unmittelbare praktische Bedeutung verloren hatte, ist länger bei der bemerkenswerten Thatsache zu verweilen, dass die Unterscheidung von Ius civile und Ius praetorium in unserer Schrift nicht vorkommt. Es fehlt nicht nur, mit der Erörterung über die Rechtsquellen, die Gaianische Erwähnung des praetorischen Edikts (1, 6): vielmehr ist auch die mit jener Unterscheidung gegebene Doppeltheit des Rechts in unserer Bearbeitung bis auf die letzte Spur getilgt. Es gilt dies auch für die Äusserung der Doppeltheit auf dem Gebiete des Verfahrens: sodass z. B. der Unterschied in der Geltendmachung von Ansprüchen mittels Actio directa oder Actio utilis oder in der Geltendmachung von Einreden mit oder ohne Insertionszwang nirgends begegnet, was, wie vorgreifend erwähnt werden kann, auf den Umstand zurückgeht, dass das zur Zeit der Abfassung der Schrift geltende Verfahren für den bezeichneten Gegensatz keinen Raum liess (vgl. § 18, 4). Insbesondere gilt es aber auch mit Bezug auf das materielle Recht. Es fragt sich dann, auf welchem Wege der Verfasser der Schrift zu diesem Ergebnis gelangt ist. Dadurch dass er, wo civiles und praetorisches Recht kollidierte, dasjenige von beiden, das sich durchsetzte, adoptiert, hingegen das der Ergänzung des Ius civile dienende praetorische Recht mit jenem zu einer Einheit verbunden hat. Eine Reihe von Beispielen wird den in der Schrift eingeschlagenen Weg darlegen. Vor allem soll des Näheren zur Erörterung kommen, wie sich unsere Schrift im Punkte der Doppeltheit des Erbrechts, Hereditas und Bonorum possessio, verhalten hat (5—7).

3. In der Lehre von der Aufhebung der Schulden nimmt die Schrift von den bei Gaius behandelten Tilgungsweisen die Zahlung und

---

[58]) Auch von der Dominica potestas sagt die Schrift nicht sowohl mit Gaius (1, 52), dass sie Iuris gentium ist, als dass eine Gewalt, wie die Römische, auch bei allen andern Völkern vorkommt (vgl. Note 7). Im Uebrigen sind die bezüglichen Angaben des Gaius auch da gestrichen, wo die Bearbeitung die Materien, auf die sie sich beziehen, aufgenommen hat. In dieser Hinsicht ist das Folgende zu erwähnen. G. 1, 55 Patria potestas = GV. 1, 3, 2. G. 1, 89 Erwerb des Status durch Geburt (naturalis ratio) = GV. 1, 4, 9. G. 1, 189 Tutela impuberum (naturalis ratio) = GV. 1, 7. G. 2, 73 u. 77 Inaedificatio und cartulae scriptae (ius naturale) = GV. 2, 1, 4. G. 2, 79 Spezifikation (naturalis ratio) = GV. 2, 1, 5. G. 3, 93 Stipulationsformeln = GV. 2, 9, 12. G. 3, 154 Societas = GV. 2, 9, 16 u. 17.



die Leistung an Zahlungsstatt auf (2, 10 pr.)[59]. Gaius (3, 168) überliefert mit Bezug auf letztere, dass sie nach Ansicht der Sabinianer Ipso iure zur Geltung komme, während die Prokulianer den Fortbestand der Obligation annehmen (ipso iure manet obligatus), dem Schuldner indessen die Berufung auf die Exceptio doli mali offenlassen. Wenn dann unsere Schrift den Satz aufstellt, dass die Schuld im Falle der Datio in solutum evidentermassen aufgehoben wird, und sich für den Sachverhalt der Tilgung des gleichen Ausdrucks, wie im Falle der Zahlung, bedient[60], so wird mit der Hervorhebung der Evidenz dieses Sachverhalts der Autor nicht lediglich haben sagen wollen, dass die Sabinianer zweifellos Recht gehabt haben[61], sondern auch dass die Gleichsetzung der Datio in solutum und der Solutio im Punkte der tilgenden Kraft vom Standpunkte der Schrift auf der Hand liegt: denn mochten auch die Prokulianer Recht haben, das praetorische Recht, das die Berufung auf die Leistung an Zahlungsstatt anerkannte und sich durchsetzte, verdrängt das civile Recht, das den Fortbestand der Obligation annahm, während die Verschiedenheit in der prozessualischen Geltendmachung der Tilgungsweise bedeutungslos geworden ist. So spricht ferner unsere Schrift mit Bezug auf denjenigen, welcher, durch die von ihm bewirkte Verbindung einer in seinem Eigentum befindlichen Sache mit einer fremden, seines Rechts zu Gunsten des Eigentümers der letzteren verlustig geht, nicht von seinem ihm im Besitzstande zustehenden praetorischen Gegenrecht auf Erstattung der Kosten, gegenüber dem civilen Rechte des Erwerbers, wie es die Vorlage (2, 76—78) thut, sondern schlechthin von der Befugnis des früheren Eigentümers, von dem Vindikanten die Ausgaben und Unkosten zu erzielen (2, 1, 6)[62]. So erhalten ferner die aus Ius

[59]) Gaius (3, 169—181) führt ausserdem auf den solennen Erlassvertrag (3, 169—175: vgl. sub 4 [S. 25]), die Novation (3, 176—179: vgl. Note 317 u. 25) und die Litiskontestation (3, 180 u. 181: vgl. S. 17).

[60]) Tollitur obligatio solutione debiti. praeterea aliquoties tollitur obligatio, etiam si aliud, quam cautum fuerat a debitore, creditori reddatur: nam si quicumque pro pecunia, quam creditori cavit, acquiescente creditore aurum aut argentum aut mancipia, vel alias quaslibet species, habita aestimatione, consentiente creditore dederit, obligatio evidenter tollitur. Mit den Worten Habita aestimatione will der Verfasser sagen, dass der Schuldner nur unter Kenntnis des Wertes der Sache sich zu einer Datio in solutum entschliesst.

[61]) Es entspricht sonst ja nicht dem Gebrauch des Verfassers, wo er in einer Kontroverse Stellung nimmt, seine Meinung für die evidente zu geben.

[62]) Sed in his omnibus superius comprehensis quicumque in terra aliena aliquid posuerit aut aedificaverit, aut horum, quae dicta sunt, aliquid fecerit, illis, qui aliena praesumpserint, hoc competit, ut expensas vel impendia, quae in his fecerint, a dominis, qui rem factam vindicant, recipere possint. Gaius spricht von dem mittels Exceptio doli mali zur Geltung zu bringenden Ersatzrechte nur bei Inaedificatio Implantatio Satio

civile und Ius praetorium gemischten Sätze vom Erbschaftserwerb, die Gaius ausführlich erörtert (2, 152—163), in unserer Schrift eine von dieser Darstellung abweichende und sehr eigenartige Gestaltung (2, 3, 6)[63]. Behufs deren Erfassung ist davon auszugehen, dass der Autor mit Bezug auf den Erbschaftserwerb die Annahme zu Grunde legt, dass das von Gaius genannte und als wirksames Rechtsmittel charakterisierte praetorische Beneficium abstinendi (2, 158 u. 163) für ein dem Heres suus eingeräumtes Recht, nicht sowohl um sich der Erbschaft zu entäussern, als vielmehr um zwischen Antritt und Ausschlagung zu wählen, für ein Deliberationsrecht anzusehen ist[64]; diese Annahme lag ja, zumal angesichts der von Gaius gewählten Redeweise[65], nahe genug[66], ist aber auch allein im Stande, das Verständnis für unsern Text zu eröffnen. Er charakterisiert sich nämlich dadurch, dass die für den Erbschaftserwerb entscheidende Einteilung der Erben in Heredes necessarii Heredes sui und Heredes extranei aus Gaius zwar herübergenommen ist, indessen einen andern Inhalt erhalten hat, und zwar den Inhalt, zu welchem lediglich jene Auffassung führen konnte. Denn war der Heres suus nach Ius civile zwar Erbe, dagegen im Besitz eines wirksamen praetorischen Deliberationsrechts, so musste er nach dem mit Bezug auf das Verhältnis von Ius civile und Ius praetorium in unserer Schrift

---

den Cartulae scriptae, bez. der Pictura. Nach dem Zusammenhange unserer Schrift, die nur die Inaedificatio nennt, im Uebrigen aber auf das Vorangehende verweist, würde auch die Spezifikation hierzu gehören (2,1,5), die der Accession (2,1,4) angereiht ist und unserem Satze unmittelbar vorangeht (vgl. Hitzig S. 203). Die Schrift weicht übrigens, worauf Hitzig, S. 203, aufmerksam macht, auch darin von Gaius ab, dass sie des Erfordernisses der Bona fides für das Recht auf Impensen nicht gedenkt: es wird indessen dem Sinne der Schrift entsprechen, wie es jedenfalls dem Sinne der Kodifikation entspricht, es aus Greg. 6, 1 u. 2 zu ergänzen.

[63]) Heredes aut sui sunt aut necessarii aut extranei: sui heredes appellantur filii aut nepotes ex filiis masculis, quos in potestate avus vel pater habet. Necessarii sunt heredes servi, qui cum libertate heredes instituuntur. necessarii ideo, quia, aut velint aut nolint, necesse est eis heredes esse: nam qui creditoribus tenentur obnoxii et putant se non tantum in substantia, quantum in debitis relinquere, ipsi servos suos manumittunt et heredes necessarios faciunt, ut quo magis heres quam dominus infamiam incurrat, cum res eius, id est hereditas domini, pro debitis venditur et creditoribus datur. Extranei sunt qui nullo propinquitatis gradu testatori iunguntur, sed eos quicumque pro arbitrio suo scribit heredes.

[64]) Dieser Sachverhalt ist bereits von Hitzig, S. 213, hervorgehoben. Auch hat ihn dieser Schriftsteller richtig als Fall einer Vermischung civilen Rechts und prätorischen Rechts erfasst.

[65]) Gaius (2, 158) spricht sich folgendermassen aus: sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant.

[66]) Es kommt auch in Betracht, dass Gaius den Wegfall der Potestas abstinendi mit der Einmischung in die Bona hereditaria verbindet (2, 163), was ja auch vom Ius deliberandi gilt (P. 3, 6, 17).

angenommenen Prinzipe nicht anders als jede sonstige freie Person, an die die Delation einer Erbschaft ergangen ist, als ein mit dem Ius deliberandi begabter Erbe gelten. Hieraus folgte dann aber als Konsequenz der Sachverhalt, den unsere Schrift aufweist, dass nämlich dem Heres suus nicht gleichzeitig die Eigenschaft eines Heres necessarius zukommt [67]), und der Gegensatz zwischen dem Heres suus und dem Heres extraneus nicht in dem verschiedenen Verhältnis zu dem Erbschaftserwerb gelegen ist, wie unsere Schrift ja auch, bei Erörterung der Substitution, für Heres suus und Heres extraneus die gleiche den Eintritt des Substituten von der Ausschlagung des Erbschaftsantritts abhängig machende Substitutionsformel aufstellt (2, 4, 1) [68]). Wenn dann die Schrift die Heredes sui nicht weiter charakterisiert als damit, dass sie die Kinder oder die Enkel in der Gewalt sind, und die Heredes extranei als diejenigen bezeichnet, die der Erblasser nach freier Wahl zu Erben einsetzt [69]), so liegt es auf der Hand, dass demgegenüber die Heredes sui in ihrer Eigenschaft als Noterben in Betracht kommen. In der Gaianischen Einteilung, die unsere Schrift sich zu eigen macht, sind somit zwar die Heredes necessarii geblieben, was sie bei Gaius waren: hingegen ist der Heres suus lediglich der Noterbe, der Heres extraneus der Wahlerbe geworden, sodass im Hinblick darauf die Einteilung, mit dem Heres suus an erster Stelle, die bei Gaius (2, 152) der Heres

[67]) Es heisst danach (vgl. Note 63): heredes aut sui sunt aut necessarii aut extranei. Gaius (2, 152) sagt dagegen: heredes autem aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii aut extranei. Uebrigens tritt der Sachverhalt, dass das Wesen des Heres necessarius in der Koinzidenz von Delation und Aquisition besteht, in der Schrift nicht so scharf heraus wie bei Gaius (2, 153). Hier heisst es: necessarius heres..ideo sic appellatus, quia, sive velit sive nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est. Hingegen heisst es in unserer Schrift: necessarii ideo, quia, aut velint aut nolint, necesse est eis heredes esse.

[68]) (Substitutio..) Vulgaris dicitur „ille heres mihi esto": sive hoc filio, sive extraneo: „quodsi hereditatem meam adire nolueris, illum substituo, ad quem hereditas mea debeat pertinere".

[69]) Es ist sicher, dass die Schrift in der Definition des Heres extraneus (Extranei sunt qui nullo propinquitatis gradu testatori iunguntur, sed eos quicumque pro arbitrio suo scribit heredes) (vgl. Note 63) aussagt, dass der Erblasser ihn nach Wahl zum Erben einsetzt. Wenn es wörtlich heisst, dass es sich dabei um Personen handelt, die mit dem Erblasser nicht verwandt sind, so wird man dies in dem Sinne zu verstehen haben, dass sie mit dem Erblasser nicht, wie die zuvor als Sui genannten Personen, Kinder Enkel, verwandt sind. Der Verfasser wählte diese Ausdrucksweise, um damit zugleich auch den Grund des Noterbrechts, die Verwandtschaft, durchblicken zu lassen. Er mag unter diesen Umständen geglaubt haben, einem Missverständnisse um so weniger ausgesetzt zu sein, als er nicht lange zuvor, und zwar gerade in der Materie vom Noterbrecht, den Ausdruck Heres extraneus in dem Sinne des Erben, der Heres suus nicht ist, gebraucht (2, 3, 1) und ihn auch weiterhin in gleichem Sinne gebraucht, wie in der Note 68 genannten Substitutionsformel und sonst (2, 4, 3).

necessarius einnimt, ihren Platz in dem Titel vom Noterbenrecht (2, 3 De exheredatione liberorum) finden konnte.

4. Sind hiermit Beispiele aufgeführt, in denen sich das Prinzip unserer Schrift, dem kollidierenden Ius civile das wirksame praetorische Recht zu substituieren, in einer Aenderung des mit Bezug auf eine Materie von Gaius überlieferten Inhalts bethätigt, so wird sich hier und da auch der Sachverhalt, dass unsere Schrift eine in den Institutionen behandelte Materie ausgeschieden hat, die Schrift nach dem Massstabe einer planvollen und sorgfältigen Arbeit gemessen, — und dieser Massstab ist in der That derjenige, welcher anzulegen ist (vgl. § 18, 1) — nicht anders als mit der Anwendung des gleichen Prinzips erklären lassen. So wird die Streichung des solennen Erlassvertrages (vgl. Note 59) davon herrühren, dass im Sinne des Verfassers das civilrechtlich nichtige, aber praetorischrechtlich giltige formlose liberatorische Geschäft von im Wesentlichen gleicher Wirkung, wie das solenne des Civilrechts, der geltende Erlassvertrag geworden ist, das Pactum de non petendo, über welches Geschäft anderswo im Breviar Auskunft gegeben wird.[70] So wird, wenn in unserer Schrift die Ausführung des Gaius über das Dominium duplex weggelassen (2, 40—42) und von den wiederholten Berührungen des Gegensatzes eines praetorischen In bonis habere und des civilen Nudum ius Quiritium keine Spur übrig geblieben ist[71], der Sachverhalt damit zu erklären sein, dass im Sinne der Schrift das In bonis habere, nachdem es alle Rechte des vollen Eigentums angenommen hatte[72], als volles Eigentum angesehen wurde und umgekehrt das Nudum ius Quiritium für ein Nichtrecht galt, wie denn auch in den von unserer Schrift

---

[70]) Vor allen kommt P. 1, 1, 1 in Betracht. Vgl. auch Conrat (Cohn), Breviarium Alaricianum (Conrat [Cohn]), S. 311 u. 312.

[71]) Es ist das Folgende. 2, 41 u. 204. 3, 80 Bonitarisches Eigentum verwandelt sich durch die Usucapio in volles Eigentum. 1, 17; 35; 54. 2, 88. 3, 166 Der bonitarische Eigentümer des Sklaven hat die Potestas, macht den Freigelassenen zum Latinus und hat nach Erzielung der Civität durch den Freigelassenen das Erbrecht. 1, 35 u. 167 Der quiritarische Eigentümer des Sklaven erwirbt an dem Latinus die Tutel, macht ihn durch Iteratio zum Civis Romanus und wird sein Patron.

[72]) Der Hauptfall der Entstehung des bonitarischen Eigentums ist Tradition der Res mancipi, statt Manzipation und In iure cessio. Da mit Wegfall von Manzipation und In iure cessio für den Eigentumsübertragungsvertrag lediglich die Tradition zur Verfügung stand, musste sie ohne Unterschied der Sache volles Eigentum verschaffen: womit einerseits die Einteilung der Sachen in Res mancipi und Res nec mancipi, andererseits die Usukapion für den Zweck der Verwandlung des In bonis habere in volles Eigentum hinfällig wurde.

aufgenommenen Materien, bei denen dieser Gegensatz eine Rolle spielt, sowohl die Vermeldung von Beschränkungen im Rechte des bonitarischen Eigentümers als auch umgekehrt von Befugnissen des blossen quiritarischen Eigentümers ausgeschieden ist. [73])

5. In Aenderungen und in Streichungen, und am allerumfassendsten, äussert sich das in unserer Schrift der Doppeltheit des Rechtes gegenüber eingeschlagene Verfahren auf dem Gebiete der Universalsuccession und zwar der erbrechtlichen Universalsuccession, somit hinsichtlich Hereditas und Bonorum possessio. [74]) Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass mit ganzen erbrechtlichen Partien der Institutionen, die in unserer Schrift fehlen, und zwar, wie bereits vorgreifend erwähnt werden kann (vgl. § 18, 4), im Hinblick auf die Behandlung, die sie in den übrigen Teilen der Kodifikation erfahren, auch der von Gaius überlieferte Gegensatz des civilen und des praetorischen Rechts aus der Bearbeitung geschwunden ist. Hierzu gehören die Erörterungen des Gaius über Testamentsformen und über das Recht der Nachfolge in den Nachlass eines Freigelassenen. [75]) Es ist ferner ins Auge zu fassen, dass

---

[73]) Die Schrift kennt mit Gaius (1, 12; 17; 35) den Latinischen Freigelassenenstand und als dessen Ursache die formlose Freilassung; hingegen hat sie die von Gaius genannte weitere Ursache, bonitarisches Eigentum des Freilassers, gestrichen (1, 1, 2). Die Schrift kennt mit Gaius (1, 35) als Ursache des Erwerbs der Römischen Civität durch den Latinischen Freigelassenen die Iteratio, jedoch nicht, mit Gaius, den Fall der Iteratio von Seiten des blossen quiritarischen Eigentümers, vielmehr nur den Fall der Iteratio seiten des bonitarischen Eigentümers, bez. nach formloser Freilassung (1, 1, 2 u. 4).

[74]) Von einem andern Fall der Universalsuccession sagt die Schrift (2, 2 pr.): per universitatem, hoc est omnia simul bona acquirimus.. adoptione; quia is, quem adoptaverimus, si sine patre est, cum omnibus bonis suis ad nos transit. Wenn hier die Arrogation als Fall der Universalsuccession bezeichnet wird, so liegt G. 2, 98 u. 3, 83 zu Grunde. Gaius nimmt Einiges von dem Uebergang aus, insbesondere Niessbrauch und die Obligation des Freigelassenen aus der Iurata operarum promissio: die Erwähnung des Niessbrauchs wird in der Schrift, wie man annehmen kann, unterblieben sein, weil sie sich P. 3, 9, 12 u. 13 findet, während sich der Untergang der Obligation des Libertus aus Iurata operarum promissio von selbst versteht (vgl. ferner wegen Lites contestatae legitimo iudicio S. 17). Gaius spricht aber ferner, was unsere Schrift nicht thut, von den Schicksalen der Schulden des Arrogierten (3, 84). Es heisst hier, dass sie nach dem Ius civile untergehen, nicht übergehen, indessen Rescissa capitis deminutione gegen den Arrogierten Actio utilis gewährt werde: bleiben sie sonach, gemäss dem praetorischen Rechte, weiter einforderbar, so brauchte die Schrift von ihrem Standpunkte aus den Sachverhalt nicht in Betracht zu ziehen. Die von Gaius angeknüpften Worte mit Bezug auf den Fall, dass gegen die Klage keine Defension stattfindet (si adversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit), fallen in das Gebiet des Ius quod pertinet ad actiones, das die Schrift unberührt lässt.

[75]) Ob und was G. 2, 151 u. 151^{a} auf praetorisches Erbrecht Bezügliches enthält, muss bei der Unsicherheit der Lesung dahingestellt bleiben. Der Sachverhalt, den der Text

in unserer Schrift nirgends die Erbenqualität von einer Erbittung bei der Obrigkeit, resp. einer Gewährung durch die Obrigkeit (Petitio Datio) abhängig gemacht wird, wie es Gaius (2, 98. 3, 34; 36; 37) mit Bezug auf die Bonorum possessio thut. So wird von dem Sachverhalte des Erwerbs des Erbrechts von Seiten der Erben praetorischer Erbberechtigung, von Seiten der Kognaten, mit keinen andern Worten gesprochen als von dem Erwerb des Erbrechts von Seiten der Erben civiler Erbberechtigung, der Agnaten[76]); auch dieser Sachverhalt wird sich, wie hier beiläufig bemerkt werden kann, aus dem Umstand erklären lassen, dass nach dem Rechte des Breviars das praetorische Erbrecht nicht mehr durch Petitio von dem Magistrat erworben wird: cretio et bonorum possessio antiquo iure a praetoribus petebatur: . .legibus utrumque sublatum est (C. Th. 4, 1, 1 Int.)[77]). Sieht man von alldem ab, so tritt in demjenigen, was die Bearbeitung mit Bezug auf das doppelte Recht der Hereditas und der Bonorum possessio giebt, nichts anders zu Tage, als was aus der Anwendung des oben bezeichneten Grundsatzes folgt. Somit ist das Recht der Bonorum possessio — so weit es nicht mit dem Wegfall der Petitio hinfällig werden musste[78]) — von dem Verfasser nicht unberücksichtigt gelassen, sondern, wo es mit Erfolg das civile Erbrecht ergänzte oder verbesserte[79]), neben dem

---

voraussetzt, Beschädigung und Zerstörung der Testamentsurkunde, in der Absicht, die Verfügung aufzuheben, war nach dem Rechte des Breviars (C. Th. 4, 4, 4 Int.) kaum denkbar.

[76]) Nämlich mit den Worten Capere hereditatem. Es heisst von den Kognaten (2, 8, 7):.. ut cognati tunc intestatorum propinquorum hereditates capiant, quando aut sui, aut agnati defuerint. Es heisst ferner von dem agnatischen Erbrecht der Frauen (2, 8, 5): reliquae (r. vero, Cod. Leg.) feminae, hoc est amita.. vel fratris filia, nec in capiendis hereditatibus propinquorum legitimae sunt.

[77]) Die Schrift streicht den Satz des Gaius (2, 167), der von der auf Ersuchen der Erbschaftsgläubiger dem Delaten gegebenen Deliberationsfrist spricht. Sollte etwa der im Text citierte Satz, dass die Kretionsfrist nicht mehr von den Praetoren erbeten wird, missverstanden oder analogisch angewendet die Streichung veranlasst haben?

[78]) Es galt dies von der Bonorum possessis sine re: denn von dem praetorischen Erben, der Bonorum possessor sine re ist, kann nur die Rede sein im Sinne einer Person, der, gegenüber Heres legitimus oder Heres testamentarius, Bonorum possessio verliehen worden ist (G. 2, 148—149a. 3, 35—38).

[79]) Nicht soweit es Adiuvandi iuris civilis gratia dient. Denn ich nehme an, dass von einer mit der civilen coincidierenden praetorischen Erbberechtigung besonderen Inhalts zur Zeit der Abfassung unserer Schrift nicht mehr die Rede sein konnte. Allerdings ist ja zunächst die praetorische Erbberechtigung insofern anderen Inhalts als die civile gewesen, als sie das Interditum quorum bonorum einschloss (G. 3, 34). Dieses Rechtsmittel ist indessen, wenigstens im Breviar (C. Th. 4, 19, 1 Int.), im Sinne eines provisorischen, ein allgemeines Rechtsmittel des Erben geworden, und ich nehme an, im Hinblick auf das zu erörternde Verhältnis der Epitome zum Breviar, dass auch für ihren Verfasser das Interdictum quorum bonorum nicht mehr dem Erbrecht praetorischen Ursprungs spezifisch war. Seiner zu gedenken lag aber für den Autor der Schrift angesichts der Erwähung an genannter Stelle keine Veranlassung vor.

civilen Erbrechte, bez. statt desselben in Betracht gekommen und wird, wie es nunmehr Erbrecht nicht anderer Art ist, als das des Ius civile [80]), mit dem gleichen Namen der Hereditas bezeichnet [81]), nicht mit dem besonderen Namen, der es bei Gaius von der Hereditas unterscheidet.

6. So wird, wenn in unserer Schrift dem civilen Erbrecht der Sui und Agnaten, das im Wesentlichen auf die Vorlage (3, 1—16) zurückgeht, der Satz angeschlossen ist, dass bei dem Fehlen von Sui und von Agnaten die Kognaten an die Reihe kommen [82]), hierin Nichts anders zu erblicken sein, als die auf Gaius zurückgehende Anknüpfung des prätorischen Intestaterbrechts an das civile [83]), bez. die Verknüpfung beider zu einem Erbrecht von gleichsam drei Graden: denn Gaius lässt der Darstellung des Intestaterbrechts der Zwölftafeln, das an erster Stelle die Heredes sui, an zweiter Stelle die Agnaten beruft, einen Abriss der Bonorum possessio intestati folgen (3, 25 sqq.) und bezeichnet als dritten Grad denjenigen, in dem die Kognaten an die Reihe kommen, bez. denjenigen Grad, der zur Erbfolge berufen wird, wenn weder Sui noch Agnaten vorhanden sind [84]). Hat hier die

[80]) Die ehemalige Verschiedenheit in der prozessualischen Geltendmachung des Erbrechts sowie in der Art des Eigentums, wovon Gaius (3, 80 u. 81) berichtet, ist hinfällig geworden. In der Zuständigkeit des Interdictum quorum bonorum unterscheiden sich civiles und praetorisches Erbrecht ebenfalls nicht mehr (vgl. Note 79).

[81]) In der Schrift heisst es (2, 2 pr.): per universitatem, hoc est omnia simul bona acquirimus hereditate. Hingegen sagt Gaius (2, 98) zu der entsprechenden Stelle: si cui heredes facti sumus, sive cuius possessionem petierimus,.. eius res ad nos transeunt. Da unsere Schrift, wie die Erörterung des Textes zeigt, die Universalsuccession, welche Bonorum possessio ist, ebensogut behandelt, wie die Hereditas, muss der Ausdruck in dem allgemeinen auch die Bonorum possessio einschliessenden Sinne gebraucht worden sein.

[82]) Nam et regulariter statutum est, ut cognati tunc intestatorum propinquorum hereditates capiant, quando aut sui, aut agnati defuerint.

[83]) Uebereinstimmend in dieser Annahme ist Hitzig, S. 212.

[84]) Es heisst bei Gaius (3, 29) von den Frauen: feminae certe agnatae, quae consanguineorum gradum excedunt, tertio gradu vocantur, id est, si neque suus heres neque agnatus ullus erit. Somit ist gesagt, dass die agnatischen Frauen — von den Consanguineae abgesehen — im dritten Grade zur Erbschaft gelangen, das ist in Ermanglung von Heres suus und Agnat. An anderer Stelle wird dieser dritte Grad als derjenige der Kognaten bezeichnet: es heisst ferner, dass die durch Personen weiblichen Geschlechts verbundenen Verwandten im dritten Grad erben und Kognaten heissen (3, 30 Eodem [tertio] gradu vocantur etiam eae personae, quae per feminini sexus personas copulatae sunt. 3, 24 Similiter non admittuntur cognati, qui per feminini sexus personas necessitudine iunguntur.. 3, 27 Adgnatos autem capite deminutos vocat.. tertio proximitatis nomine. licet enim capitis deminutione ius legitimum perdiderint, certe cognationis iura retinent). Bei dem dritten Grade hat natürlich Gaius den dritten Ordo der prätorischen Erbfolge im Sinne.

Schrift praetorisches und civiles Recht verbunden[85]), so ist, wenn sie das formelle Noterbenrecht der Heredes sui in anderer Gestalt wiedergiebt, als Gaius (2, 123 sqq.), der Sachverhalt damit zu erklären, dass der Autor bei der Kollision von civilem und prätorischem Rechte das letztere dominieren lässt. Während nämlich nach der Erörterung des Gaius das civile Recht das Testament lediglich bei Uebergehung des Sohnes in der väterlichen Gewalt ungiltig sein lässt, hingegen das praetorische diese Regelung für alle Kinder männlichen Geschlechts getroffen hat, sagt unsere Schrift, dem letzteren Standpunkt entsprechend, dass das Testament des Erblassers, der sein Kind männlichen Geschlechts übergeht, bez. weder zum Erben einsetzt noch enterbt, ungiltig ist (2, 3 pr.)[86]). Mit Bezug auf die Tochter vereinigen sich dagegen Civilrecht und das durch das Rescript Antonins modifizierte praetorische Recht dahin, dass die Tochter bei Uebergehung ein Anrecht auf einen Erbteil, und zwar in Konkurrenz mit den Brüdern auf eine Intestatportion, in Konkurrenz mit andern Erben auf eine Hälfte des Nachlasses erwirbt, womit unsere Schrift übereinstimmt (2, 3, 1)[87]). Eine weitere Abweichung von der Vorlage, die unsere Schrift mit Bezug auf das Noterbenrecht der Heredes sui aufweist, lässt sich dann freilich nicht aus dem genannten Prinzipe erklären. Sie besteht darin, dass nach dem Berichte des Gaius (2, 127—129), um nicht für übergangen zu gelten, nur bei Kindern männlichen Geschlechts, ja nach Ius civile ausschliesslich bei den Söhnen, Institution oder ein Nominatim exheredare erforderlich war, bei der Tochter aber die sogenannte Exheredatio inter ceteros genügte, während in unserer Schrift mit Bezug auf die eine Anfechtung des Testaments ausschliessende Bedenkung hinsichtlich der Tochter nicht weniger gefordert wird, als hinsichtlich der Kinder männlichen

---

[85]) Es lag sehr nahe und war sehr einfach. Auch die Juristen der Lex Romana Burgundionum lassen in Ermanglung von Agnaten die Kognaten nach Gradesnähe folgen (10, 9 Quod si agnati defuerint, cognatus gradu proximus ad successionen ceteris cognatis anteponetur). Diesem Satze kann Gaius nicht zu Grunde liegen. Ein weiterer Text ist P. 4, 8, 3 Int.

[86]) Is, qui filium in potestate habet, curam gerere debet, ut testamentum faciens masculum filium aut nominatim heredem instituat, aut nominatim exheredet; nam si masculum filium testamento (in t., Cod. Leg.) praeterierit, non valebit testamentum.

[87]) Si vero filiam praeterierit, non rumpit testamentum filia praetermissa; sed inter fratres suos, legitimo stante testamento, suam, sicut alii fratres, consequitur portionem; si vero testamento extranei heredes scripti fuerint, stante testamento filia medietatem hereditatis acquirit.



Geschlechts (2, 3, pr. u. 1)[88]). Für diese Abweichung muss daher nach einer besonderen Erklärung gesucht werden.[89])

7. Wenn sich die Beachtung des praetorischen Rechts, mit Bezug auf die erbrechtliche Universalsuccession, in den bisher behandelten Fällen in der Umgestaltung des von Gaius mit Bezug auf eine Materie überlieferten Inhalts ausspricht, mag es doch auch vorgekommen sein, dass sie dem Verfasser zu einer Streichung Anlass gegeben hat. Gehört hierzu etwa die Stellung, die die Schrift mit Bezug auf die Succession der Postumi einnimmt? Es ist dabei der Postumus suus und der Postumus alienus zu unterscheiden. Mit Bezug auf den Postumus suus giebt die Schrift

---

[88]) Die Erwähnung der Uebergehung der Tochter (vgl. Note 87) schliesst sich dem von den Kindern männlichen Geschlechts handelnden Satze (vgl. Note 86) in der Art an, als bestehe eine Verschiedenheit nur in der Rechtswirkung (Nichtigkeit und Accrescenz), nicht in dem Thatbestand. Hätte der Verfasser mit Bezug auf die Tochter die Exheredatio inter ceteros aufrecht erhalten, so musste er es gegenüber der zuvor hinsichtlich der Kinder männlichen Geschlechts ausgesprochenen Alternative des Nominatim instituere oder Nominatim exheredare erwähnen.

[89]) Bei Beurteilung des Sachverhalts ist darauf zu achten, dass unsere Schrift hinsichtlich dessen, was mit Bezug auf die Vermeldung der Noterben im Testament erfordert wird, nicht vollständig mit Gaius übereinstimmt. Denn Gaius spricht von Heredem instituere vel nominatim exheredare der Söhne und der sonstigen Kinder männlichen Geschlechts (2, 123 u. 127); hingegen verlangt unsere Schrift mit Bezug auf die Kinder Etwas anderes, nämlich ein Nominatim heredem instituere aut nominatim exheredare. Somit fordert sie das Nominatim nicht lediglich bei der Exheredation, sondern auch bei der Institution. Nun hat das Nominatim in dem Nominatim heredem instituere, das unsere Schrift im Gegensatz zu dem einfachen Heredem instituere des Gaius fordert, gewiss nicht den Sinn, der dem Worte in dem Gaianischen Nominatim exheredare zukommt, nämlich des Individualisierens im Gegensatz zum Inbegriffensein Inter ceteros: denn eine Heredis institutio inter ceteros ist eine Unmöglichkeit. Bedeutet dann etwa das Nominatim in dem Nominatim instituere, was Gaius mit Bezug auf das Nominatim in der Verbindung des Nominatim exheredare ausdrücklich ablehnt (2, 127), Erbeinsetzung Adiecto proprio nomine, im Gegensatz zur Erbeinsetzung mittels anderweiter Charakterisierung? Es ist durchaus unwahrscheinlich, dass die Schrift, die ja sonst alle Sätze fallen lässt, die den Gebrauch bestimmter Formeln für letztwillige Erklärungen vorschreiben, wie hier vorausgreifend erwähnt werden mag, entsprechend dem Rechte der Kodifikation (vgl. § 18, 4), von der sie einen Teil ausmacht, bei der Erbeinsetzung der Kinder eine Ausnahme gemacht haben soll. Dann möchte mit dem in unserer Schrift aufgestellten Erfordernis, dass, wer Heres suus ist, Nominatim als Erbe einzusetzen ist, nichts anders gesagt sein, als dass die Einsetzung des Erben evident ist, das will sagen, zu Tage liegt. Danach wird aber der Verfasser auch mit dem Gegenstück des Nominatim exheredare nichts anders meinen, als dass die Enterbung evident sein, bez. zu Tage liegen muss. Bei dieser Auffassung oder vielmehr Umdeutung des Gaianischen Nominatim exheredare war dann aber auch ein Exheredare inter ceteros ausreichend und konnte demnach mit Bezug auf das Geschlecht der Kinder kein Unterschied in der Exheredation bestehen. Eine nicht ausreichende Exheredation war dann der Ausschliessungswille, der im Testamente gar keinen oder einen erst mittels Schlussfolgerungen zu gewinnenden Ausdruck gefunden hat.

(2, 3, 2) im Wesentlichen die Gaianische Vorlage wieder (2, 130 sqq.)[90]. Es handelt sich dabei um das Noterbrecht der Postumi sui, das dem Noterbrecht der Sui entspricht, nur mit der Abweichung dass bei Eintritt eines Postumus, ohne Unterschied des Geschlechts, das Testament hinfällig wird. Dass, entsprechend dem Sachverhalt bei den Sui, auch hier der von Gaius (2, 132) überlieferte Gegensatz des Nominatim exheredare und der Exheredatio inter ceteros nicht aufrechterhalten wird, liegt auf der Hand, sodass der Verfasser für Nachgeborene beiderlei Geschlechts eine den Vorschriften des Rechts entsprechende Erbeinsetzung und Exheredation in gleicher Weise förmelt. Hingegen hat die Schrift mit Bezug auf die erbrechtliche Stellung des Postumus alienus dasjenige, was Gaius hiervon überliefert, nicht wiedergegeben. Gaius berichtet, dass der Postumus alienus, wozu auch das Kind des emanzipierten Sohns sowie der eigne Sprössling von einer Frau, die nicht Iure civili die Gattin des Erblassers ist, gehört, weder zum Erben eingesetzt, noch mit einem Legatum, ja selbst nicht mit einem Fideikommiss bedacht werden kann (2, 241; 242; 287). Man darf nun annehmen, dass die Schrift diese Sätze um deswillen nicht aufgenommen hat, weil sie sie nicht anerkannt und vielmehr den Postumus alienus dem Postumus suus gleichgesetzt wissen wollte. Denn der Verfasser stellt, zwar zur Motivierung des Noterbrechts der Postumi sui, jedoch nicht in Beschränkung auf sie den Satz auf, dass ein eheliches Kind mit der Zeugung, wie ein bereits geborenes, angesehen wird[91]: hierin ist dann aber auch die Erbeinsetzungsfähigkeit und sonstige Bedenkfähigkeit des ehelich gezeugten Postumus alienus

---

[90]) Postumorum duo genera sunt, quia postumi appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint, et illi, qui post testamentum factum nascuntur. Et ideo, nisi is, qui testamentum facit, in ipso testamento comprehenderit „quicumque filius aut filia mihi natus natave fuerit, heres mihi sit", aut certe dicat „exheres sit", valere eius non potest testamentum. An diese Worte schliesst sich dann der Text der folgenden Note an. Auf den ersten Satz, der die Postumi in zwei Genera einteilt, komme ich an anderer Stelle (vgl. § 16, 3).

[91]) In dem Note 90 abgedruckten Text (2, 3, 2) heisst es weiter: quia, sicut superius iam dictum est, legitime concepti pro natis habentur. Dass die Schrift die Gleichstellung des Legitime conceptus mit dem Natus lediglich von dem Postumus suus gelten lassen will, ist nicht allein nicht gesagt, sondern kann selbst für ausgeschlossen gelten. Denn der Text, auf welchen der Verfasser verweist, ist offenbar der von ihm an einer früheren Stelle (1, 4, 9) aufgestellte Satz, dass ehelich gezeugte Kinder zur Zeit der Konzeption (uneheliche zur Zeit der Geburt) ihren Status erhalten, was somit von dem Autor in dem Sinne verstanden wird, dass ihnen schon mit der Konzeption (resp. erst mit der Geburt) eine Existenz zugeschrieben wird. Auch geht die Anregung zu dem Satze Legitime concepti pro natis habentur gewiss auf die Gaianische Bemerkung Cum tamen in compluribus (aliis) causis postumi pro iam natis habeantur (1, 147) zurück, die doch nichts anders sagen will als Paulus mit seinem Qui in utero est et caet. (D. 1, 5, 7).

eingeschlossen. [92]) Wenn nun die Erbeinsetzungsunfähigkeit des Postumus alienus dem Rechte der civilen Erbschaft, nicht dem Rechte der Bonorum possessio angehört, so könnte die Streichung der genannten Texte durch die Berücksichtigung des praetorischen Rechts veranlasst sein [93]). Umgekehrt wird mehrfach das Vorhandensein einer sich auf das Recht der erbrechtlichen Universalsuccession beziehenden Lücke angenommen, die sich aus der Berücksichtigung des praetorischen Rechts nicht erklären lässt. Es besteht nämlich der Schein, dass unsere Schrift mit Bezug auf die emanzipierten Kinder weder von ihrem Intestaterbrecht noch von ihrem formellen Noterbrecht, neben dem Erbrecht der Kinder in der Gewalt, redet: denn mit Bezug auf das Intestaterbrecht spricht die Schrift in der ersten Klasse nur von Sui heredes (2, 8 pr.), und Sui heredes sind auch die Noterben in der Einteilung in Heredes sui Heredes necessarii Heredes extranei (2, 3, 6), wie ja auch in den Ausführungen über das Noterbenrecht von dem Kinde in der Gewalt gesprochen wird (2, 3 pr.) (vgl. Note 86). Hingegen lassen die Institutionen ihr praetorisches Erbrecht, sowohl Ab intestato als auch Contra tabulas testamenti, nicht unerwähnt. Hierauf stützt sich dann die Annahme, dass das Erbrecht der emanzipierten Kinder übergangen ist [94]). Wie will man indessen einen solchen Sachverhalt erklären? Dass er einer Omission des Autors zuzuschreiben ist, muss schon darum für unglaublich gelten, weil die fraglichen Erörterungen bei Gaius mitten in Stoff hineinfallen, der von dem Autor wiedergegeben worden

---

[92]) Auch ein Text im Breviarauszug der Sentenzen (4, 1 2) spricht von Erbeinsetzung des Postumus, ohne ausdrückliche Beschränkung auf den Suus. Die Ausschliessung des Postumus, der nicht ehelich konzipiert ist, begreift sich wohl, obschon sie dem Gaianischen Satze, auf den der Verfasser zurückgeht (vgl. zum Schlusse), nicht entspricht. Im Justinianischen Rechte (I. 2, 20, 28), in welchem im allgemeinen die erbrechtliche Unfähigkeitdes Postumus alienus nicht mehr besteht, ist nicht erbeinsetzungsfähig geblieben der Postumus alienus in utero eius quae iure nostra uxor esse non potest, was freilich einen engeren Begriff als den des illegitim konzipierten Postumus bezeichnet. Ihren Ausgang wird die Einschränkung von der im Texte (S. 31) citierten Stelle des Gaius (2, 241) genommen haben.

[93]) Hiergegen spricht, dass der Sachverhalt, dass der Postumus alienus Bonorum possessor werden kann, sich nicht bei Gaius vermeldet findet: er ist bei Justinian (I. 3, 9 pr., wonach sich dann der Sinn von I. 2, 20, 28 bestimmt) angegeben. Auch würde die Beachtung des Rechts der Bonorum possessio nur das Fehlen des Satzes, dass der Postumus alienus erbeinsetzungsunfähig ist, erklären, während Gaius doch auch von sonstiger Bedenkunfähigkeit redet, wovon die Schrift gleichfalls Nichts berichtet. Dafür spricht die Analogie des Justinianischen Rechtes: denn auch hier hat das Recht der Bonorum possessio den Anstoss zur Gleichstellung des Postumus alienus und des Postumus suus gegeben.

[94]) Vgl. Hitzig S. 212 u. 213 u. schon Fitting, Zeitschrift f. Rechtsgesch. XI. (Fitting), S. 328 u. 329.

ist [95]). Ja wenn die Schrift im Intestaterbrecht, die Worte des Gaius (3, 9) wiedergebend, ausspricht, dass beim Fehlen des Heres suus die Agnaten erbberechtigt sind, so ist, wenigstens im Sinne des Gaius, das emanzipierte Kind nicht bloss nicht genannt, sondern geradezu ausgeschlossen. Ist es aber glaublich, dass unsere Schrift ein Erbrecht der emanzipierten Kinder nicht anerkannt wissen wollte? Wie sollte dieser Sachverhalt zu erklären sein [96])? Bei näherer Betrachtung ergiebt sich aber, dass der Schein, die Schrift gehe über das Erbrecht der emanzipierten Kinder hinweg, in der That nur ein Schein bleibt: in Wahrheit schliesst die Schrift, wenn sie von Heredes sui als Intestaterben und Noterben redet [97]), die emanzipierten Kinder nicht aus, sondern ein und entfernt sich damit lediglich von dem klassischen Sprachgebrauch [98]). Somit haben wir es

---

[95]) G. 2, 135—137 (vgl. auch 126) handelt von der Bonorum possessio contra tabulas testamenti. Die benachbarten Materien sind das Noterbenrecht der Heredes sui einerseits und die Entkräftung des Testaments durch Adoption des Erblassers andererseits: in GV. fehlt das Mittelglied der Bonorum possessio contra tabulas testamenti (2, 3, 2 u. 3). Ingleichen fällt G. 3, 26, an welcher Stelle der Bonorum possessio intestati der emanzipierten Kinder gedacht ist, in Erörterungen (Erbrecht der Agnaten einerseits, Erbrecht der Kognaten andererseits), die in GV. unmittelbar einander folgen (2, 8, 6 u. 7).

[96]) Kaum denkbar ist, dass die Dunkelheit des Textes, der von dem Intestaterbrecht der emanzipierten Kinder handelt, Anlass gegeben hat: eine solche Dunkelheit liegt allerdings in der Handschrift des Gaius (3, 26) vor. Auch Äusserungen der Kaisergesetzgebung konnten kaum den Anlass geben. C. Th. 5, 1, 6 sagt, dass der Erbfolge in den Nachlass der Grossmutter die Capitis-deminutio der Mutter nicht im Wege stehe, und fügt das Folgende hinzu: tunc enim in huiusmodi hereditatibus filiorum status aut persona spectatur, quotiens de eius bonis, qui potestatem familiae potuit habere, tractatur. Die Interpretation nimmt die Worte nicht auf.

[97]) Ich lasse die Texte, die von den Heredes sui reden, folgen. Es heisst von den Heredes sui als Noterben, in der Einteilung in Heredes sui Heredes necessarii Heredes extranei (2, 3, 6): appellantur filii aut nepotes ex filiis masculis, quos in potestate avus vel pater habet. Dagegen lautet die Stelle von den Heredes sui im Intestaterbrecht (2, 8 pr.) folgendermassen: filius, filia, nepos vel neptis, pronepos, proneptis ex nepote; quia omnes per virilem sexum descedentes sui vocantur. nec interest utrum (nec — utrum, om., ed. Haenel et Cod. Leg.) naturales sunt hae personae, an (ac, ed. Haenel) adoptivae: adoptivorum enim (om., ed. Haenel) comparatione legitimi naturales appellantur. sed ita nepos vel neptis ex filio avo sui heredes sunt, si pater eorum de potestate patris aut morte aut emancipatione discesserit: nam si eo tempore, quo aliquis moritur, filium in potestate habeat et ex eo nepotes, illi vivo patre suo et in potestate avi constituto, sui heredes avo esse non possunt.

[98]) Wenn es in dem ersten der beiden Note 97 aufgeführten Texte heisst, dass Heredes sui sind Filii aut nepotes ex filiis masculis, quos in potestate avus vel pater habet, verstehe ich dies dahin, dass damit als Heredes sui bezeichnet werden die Kinder oder Enkel von Söhnen, welche Enkel in der Gewalt des Grossvaters, der mit Bezug auf die Söhne Vater ist, sich befinden. Indem ich somit den Satz Quos in potestate avus vel pater habet auf die Worte Nepotes ex filiis masculis beziehe, scheint mir eine andere Auffassung ausgeschlossen zu sein: weder kann er auf die Filii masculi gehen, da dann nicht gesagt wäre, dass die Enkel in der Potestas des Erblassers zu stehen haben, noch auf die Filii aut nepotes (ex filiis masculis), als handle es sich um Söhne oder Enkel (von den Söhnen),

mit Bezug auf das Erbrecht der emanzipierten Kinder vielmehr mit einem Fall zu thun, in welchem die Epitome das praetorische Recht neben dem civilen berücksichtigt und diese Berücksichtigung auch zum Ausdrucke bringt, indem sie praetorisches und civiles Recht zu einer Einheit verbindet [99]).

---

welche beide, die einen in der Gewalt ihres Grossvaters, die andern in der Gewalt ihres Vaters sich befinden, da, wo die Kinder vor den Enkeln genannt werden, auch der Vater vor dem Grossvater hätte genannt sein müssen. Ist aber die bezeichnete Auffassung die richtige, so ergiebt sich, dass die väterliche Gewalt als Erfordernis für die Qualität eines Heres suus zwar mit Bezug auf die Enkel, aber nicht mit Bezug auf die Kinder gestellt ist. Hiermit stimmt dann überein, was sich aus dem zweiten, auf das Intestaterbrecht der Heredes sui bezüglichen Texte ergiebt. Es werden hier als Heredes sui genannt die Abkömmlinge ersten und zweiten Grades, wie in der erstgenannten Stelle, sowie die Descendenten dritten Grades, bez. alle Descendenten des Erblassers, die durch das männliche Geschlecht abstammen. Die väterliche Gewalt wird damit auch hier noch nicht als Bedingung aufgestellt, wohl aber im Folgenden, jedoch nicht im allgemeinen, sondern mit Bezug auf die Enkel: denn es heisst, dass Enkel nur in dem Falle Heredes sui sind, dass sie sich, ohne Vermittlung durch ihren Vater, den Sohn des Erblassers, in der Patria potestas des Grossvaters befinden. Dass indessen der emanzipierte Sohn damit selbst aufhört Heres suus zu sein, ist auch hier nicht gesagt. Man müsste nach alledem in beide Stellen geradezu Etwas hinein legen, wollte man für die Heres suus Qualität der Kinder den Fortbestand der väterlichen Gewalt verlangen. Es geht dies um so weniger an, als die Schrift dem Texte des Gaius, der das Erfordernis der Patria potestas für alle Sui ganz unzweideutig aufstellt, aus dem Wege gegangen ist (2, 156 Sui.. heredes sunt velut filius filiave, nepos neptisve ex filio et deinceps ceteri, qui modo in potestate morientis fuerunt. 3, 2 Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerunt), andererseits das Erfordernis der väterlichen Gewalt, als eventuelle, in dem Falle, wo daran festgehalten werden musste, das ist bei dem Intestaterbrecht der Nachgeborenen, aus Gaius (3, 4), ziemlich mit denselben Worten herübernimmt (2, 8, 1 Similiter postumi, qui, si vivo patre nati fuissent, in potestate eius futuri erant, sui heredes sunt).

[99]) Hieran kann nicht irre machen, dass die Schrift bei Entwicklung des Noterbenrechts, an den Worten des Gaius festhaltend (2, 123), von dem Kinde in der väterlichen Gewalt spricht (2, 3 pr.) (vgl. Note 86): denn mit dem Umstande, dass der Schriftsteller das Kind ohne Unterschied der Gewalt als Noterbe bezeichnet, ist nicht im Widerspruch, dass er nur mit Bezug auf das Kind in der Gewalt das Noterbenrecht entwickelt. Von dem Standpunkte, dass die Schrift aus der Hand des Kodifikators hervorgegangen ist, erklärt sich hier das Festhalten an dem Texte der Vorlage damit, dass das Noterbenrecht der emanzipierten Kinder an einer andern Stelle der Kodifikation, in dem Breviarauszug der Sentenzen des Paulus (5, 10, 4), behandelt ist und zwar vollständiger, als es bei Gaius geschieht, nämlich auch mit Bezug auf die Kollationpflicht, die den emanzipierten Kindern obliegt. Es ist dies somit ein Fall, wo der Schriftsteller im Hinblick auf jenen Text aus dem Breviarauszug seine Vorlage nicht sowohl gekürzt hat, was häufig geschieht (vgl. § 18, 4), als vielmehr unverändert liess.

§ 6. *Fortsetzung.* c. *Personenrecht.*

1. Nachdem hiermit Abweichungen unserer Schrift von der Vorlage mit Bezug auf Inhalt und Mass der Materien, soweit sie allgemeine Punkte betreffen, erörtert worden sind, soll nunmehr der Gegenstand in Hinsicht auf das Personenrecht zur Darstellung kommen. Die Schrift hebt mit dem den Institutionen fremden Satze an (1,1 pr.), dass gegenüber dem dreifachen Status der Freigelassenen unter den Freigeborenen nur ein einziger Status vorhanden ist [100]). Schon dieser Satz allein musste, wenn er in allen seinen Konsequenzen durchgeführt wurde, mit Bezug auf Inhalt und Mass der in den Institutionen behandelten Stoffe der Bearbeitung ein von der Vorlage stark abweichendes Gepräge geben, und diese Durchführung hat wirklich stattgefunden. Demgemäss fehlt in der Bearbeitung Alles, was sich bei Gaius auf die Gegensätzlichkeit der Römischen Ingenuitätsstände, Civität Latinität Peregrinität, bezieht [101]). Es fehlen sodann im Besonderen die zahlreichen Erörterungen über die Frage des Erwerbs eines dieser Stände bei der Geburt [102]) und ferner alle Sätze, die die Erzielung des vollen Ingenuitätsstandes von Seiten der Latinen oder der Peregrinen betreffen [103]). Während somit die drei Freigelassenenstände nicht drei Ingenuitätsständen korrespondieren können, sodass auch der deditizische Freigelassene nur Dediticius (1,1 pr., 3 u. 4) heisst [104]), besteht für die Schrift die Verschiedenheit von Civität einerseits, von Latinität

---

[100]) Ingenuorum omnium unus status est: libertorum vero ideo non unus est, quia tria sunt genera libertatum

[101]) Beispiele. 1, 22 Gleichstellung der Freigelassenen Latinischen Standes mit den Latinischen coloniarii. 1, 29; 56, 57; 67—81; 92 Gemischte Geschlechtsverbindungen. 1, 47 Geltung der Lex Aelia Sentia für Peregrinen. 1, 53 Gewaltübung gegen Sklaven. 1, 85 u. 86 Gesetze über Peregrinennachwuchs(?). 2, 110 Erbfähigkeit der Peregrinen. 2, 285 Fideikommiss zu Gunsten von Peregrinen. 3, 93; 119; 132; 133; 179 Verwendung von Stipulation und Litteralkontrakt im Peregrinenverkehr.

[102]) 1, 30; 32; 32a; 56; 57; 66—81; 87; 92.

[103]) 1, 29; 32; 34; 55; 67—75; 92—96. 2, 135a; 142; 143. 3, 5; 20; 72; 73.

[104]) Die Verbindung mit den Peregrini dediticii, die bei Gaius selbst noch in der Bezeichnung Numero dediticiorum hervortritt, ist gelöst (1, 13; 14; 25; 67; 68. 3, 74).

und deditizischem Stande andererseits lediglich auf dem erbrechtlichen Gebiete, der Gegensatz von Latinität und deditizischem Stande ausschliesslich mit Bezug auf den Erwerb der Römischen Civität, die dem Dediticius verschlossen bleibt (1, 1, 4)[105]. Von diesen drei Freigelassenenständen entsteht die Civität, wie von Alters, durch testamentarische Freilassung, worin indessen die Schrift, wie in der fideikomissarischen, ein Vermächtnis und zwar ein Legatum an den Sklaven erblickt[106], statt der Gaianischen Manumissio censu und vindicta (1, 17) aber durch Freilassung in der Kirche und Freilassung ante consulem (1, 1, 1 u. 4. 1, 2, 1)[107]. Der Freilassungsmodus in der Kirche, dessen hiermit gedacht ist, geht auf die Reform Konstantins zurück, die, wie es in seinem Gesetze heisst, mit der im Schosse der Kirche, in Gegenwart der Priester, vollzogenen Manumission die gleiche Wirkung Römischer Civität, welche solenne Freilassung im Gefolge hat, verknüpft[108]. Latinität sodann entsteht lediglich bei Freilassung ohne die gedachten

[105]) Die Annahme, dass die Unterscheidung der drei Genera libertatum in unserer Schrift lediglich eine Schuleinteilung ist, wird man schon um der Berücksichtigung willen, die der Gegensatz der Freigelassenenstände in der Kodifikation, auch ausserhalb des Gaius, erfährt (vgl. z. B. Conrat [Cohn] S. 67 u. 68; 91—93; 398 u. 399), nicht aufrechthalten dürfen. Uebereinstimmend Hitzig, S. 194 u. 195. Es kommt auch in Betracht, dass nicht einzusehen ist, warum der Schriftsteller, der gerade mit Bezug auf die Darstellung der Ingenuitätsstände die Vorlage radikal geändert hat, sich hinsichtlich der Freigelassenenstände an die Institutionen gebunden haben sollte, zumal er ja im Punkte der Darstellung dieser Materie eine ganz besondere Freiheit an den Tag gelegt hat (vgl. S. 6).

[106]) Von dieser Annahme aus erklärt sich am besten der folgende Satz der Schrift in der Darstellung der Verschiedenheiten der Fideikommisse und Legate (2. 7, 8): item per legatum servo alieno directa libertas dari non potest, per fideicommissnm potest. Hiermit soll nämlich, wie mir scheint, zugleich gesagt sein, dass die Verleihung der Directa libertas an den eignen Sklaven im Wege des Legatum zulässig ist. (Die Vorlage [2, 272]) sagt: item servo alieno directa libertas dari non potest, sed per fideicommissum potest). Von dieser Auffassung der testamentarischen Freilassung aus begreift sich auch, dass G. 2, 232 (Unstatthaftigkeit einer direkten Verleihung der Freiheit Post mortem heredis) nicht aufgenommen ist: der Satz ist bereits in GV. 2, 7, 8 (Unstatthaftigkeit eines Legatum, das Herede mortuo zu entrichten ist) enthalten. Ingleichen fällt dann Unstatthaftigkeit der Freilassung Ante heredis institutionem (G. 2, 230) unter den Satz: ante heredis institutionem inutiliter legatur. Letzterer Satz ist allerdings in die Schrift nicht aus Gaius (2, 229) übergegangen, und zwar, wie man annehmen darf, weil der Verfasser, der Kodifikator des Breviars, ihn nach den Sentenzen wiedergegeben hat (3, 8, 2); der Paulinische Text hat den Vorzug, noch Weiteres in der einschlägigen Materie zu bringen.

[107]) Cives Romani sunt qui his tribus modis, id est testamento aut in ecclesia aut ante consulem fuerint manumissi (1, 1, 1).

[108]) Qui religiosa mente in ecclesiae gremio servulis suis meritam concesserint libertatem, eandem eodem iure donasse videantur, quo civitas Romana sollemnitatibns decursis dari consuevit; sed hoc dumtaxat his, qui sub aspectu antistitum dederint, placuit relaxari. Das Gesetz findet sich C. Th. 4, 7, 1.

Formen und zwar Per epistolam Inter amicos oder durch Zuziehung zur Tafel (1, 1, 2)[109]): wie das bonitarische Eigentum, so wird auch das Alter des Freilassers unter dreissig Jahren nicht als ein Hinderungsgrund für Erzielung der Civität, was bei Gaius der Fall ist (1, 15; 17—21; 29; 30; 66. 2, 276), aufgeführt[110]). Eine besondere Legitimät kommt der erstgenannten Klasse von Freilassungsweisen vor der letztgenannten nicht zu[111]).

2. Aus der Zahl der Potestates fehlt die Manus, aber auch das Mancipium[112]): denn wird auch in unserer Schrift die Entlassung aus der väterlichen Gewalt nicht anders als durch Scheinkauf vollzogen, so ist doch die Auffassung des Aktes als Hingabe in eine Gewalt verloren gegangen (vgl. Note 49). Die Schrift kennt somit nur Dominica potestas und Patria potestas. Was die erstere anlangt, so werden die Erörterungen, die die Epitome (1, 3, 1) giebt[113]), zum Teil auf Gaius zurückgehen: soweit nämlich berichtet ist, dass bei Begehung eines todeswürdigen Verbrechens der schuldige Sklave den öffentlichen Richtern zur Bestrafung überliefert werden soll, mag die Erwähnung des Falls einer Hingabe des Sklaven zur Vollstreckung einer öffentlichen Strafe, als eine der Ursachen der dedititischen Peregrinität (G. 1, 13), zu Grunde liegen[114]). Dagegen hat

[109]) Latini sunt qui aut per epistolam aut inter amicos aut convivii adhibitione manumittuntur. In den Ausführungen über die Lex Fufia Caninia (1, 2) ist von diesen drei Formen nur von der Freilassung Inter amicos und Per epistolam (1, 2, 1) oder wenigstens nicht ausdrücklich von einer andern als der Freilassung Per epistolam (1, 2, 3 Epistolis aut quibuscumque aliis rebus) die Rede. Einfach weil von einer Freilassung Convivii adhibitione weder bei einer die Zahl von hundert Personen übersteigenden Sklavenschaar, noch von Seiten einer schwer erkrankten Person (in aegritudine constitutus) die Rede sein kann: hierauf beziehen sich aber die genannten Texte.

[110]) Damit erklärt sich, dass für den Fall der Freilassung des Minor XXX annorum die von Gaius (1, 29 u. 30) überlieferte Anniculi causa probatio hinfällig geworden ist. Sie war für diesen Thatbestand durch die Lex Aelia Sentia eingeführt worden, galt dann aber, wie Gaius (1, 31) berichtet, auch für Maiores triginta annorum manumissi Latini facti, somit auch für die in Folge formloser Freilassung zur Latinität gelangten Personen. Sie ist in unserer Schrift spurlos verschwunden.

[111]) Für Gaius (1, 17) ist Iusta ac legitima manumissio nur die Freilassung Vindicta Censu testamento. Dies war in der historischen Entwicklung begründet, die für den Autor der Schrift nicht in Betracht kommt.

[112]) 1. 49; 108—123; 134—141. 2, 86; 90; 96; 98; 112; 139; 141; 159; 160. 3, 3; 6; 14; 24; 33a; 40; 41; 46; 83; 84; 104; 114; 163; 199).

[113]) Sed distringendi in servos dominis pro sua potestate permittitur; occidendi tamen servos suos domini licentiam non habebunt, nisi forte servus, dum pro culpae modo caeditur, casu forsitan (om., ed. Haenel) moriatur: nam si servus dignum morte crimen admiserit, iis (his, Cod. Leg.) iudicibus, quibus publici officii potestas commissa est, tradendus est, ut pro suo crimine puniatur.

[114]) Die Schrift selbst giebt diese Worte, wie folgt, wieder (1, 1, 3): dediticii vero sunt qui post admissa crimina suppliciis subditi et publice pro criminibus caesi sunt.

die Schrift die Ausführungen des Gaius (1, 53) über das Ius vitae ac necis und die Beschränkungen, die es durch die Konstitution des Antoninus erfahren hat, nicht aufgenommen, sondern statt ihrer etwa den Inhalt einer Konstitution Konstantins [115]): der Herr besitzt ein Züchtigungsrecht und ist, falls bei dessen Ausübung der Sklave zu Grunde geht, nicht verantwortlich, vielmehr nur im Fall einer absichtlichen Tötung.

3. Die Ehe ist die Grundlage der Patria potestas (1, 3, 2) [116]). Sie wird als Verbindung eines Römers und einer Römerin beschrieben (1, 4 pr.) [117]), nicht als Verbindung eines Römischen Bürgers und einer Römischen Bürgerin, welche Bezeichnung ja auch nicht alle Römischen Freigelassenen umfassen würde, sondern von Personen der Römischen Bevölkerung, wozu eben auch jene Freigelassenen gehören [118]). Indem es demnach nur eine Art Ehe giebt, fehlt dementsprechend Alles, was sich bei Gaius auf die Ehe besonderer Art von Freigeborenen mit den Römischen Freigelassenen Latinischen oder peregrinischen Standes, bez. auf die Legitimation der aus einer solchen Ehe entsprossenen Kinder bezieht [119]). Als Gegenstück zu der erlaubten, giltigen Ehe zweier Personen aus der Römischen Bevölkerung ist dann die unerlaubte, ungiltige Geschlechtsverbindung des Römers mit einer Person nichtrömischer, bez. barbarischer Herkunft, zu denken, wie sie ein Gesetz von Valentinian und Valens verbietet [120]). Mit Bezug auf das Ehehindernis der Verwandtschaft ist die Vorlage in einer der Gesetzgebung der späteren Kaiserzeit entsprechenden Weise umgearbeitet. Es handelt sich um das Ehehindernis in der Seitenverwandtschaft und unter Affinen. Gaius (1, 62 u. 63) spricht mit Bezug auf Seitenverwandte von dem Verbote der Ehe mit der Tochter der Schwester, nicht mit der Tochter des Bruders, und ferner mit der Vater- oder Mutterschwester, und was

[115]) Das Gesetz findet sich C. Th. 9, 12, 2.

[116]) In potestate etiam patrum sunt filii ex legitimo matrimonio procreati.

[117]) Legitimae sunt nuptiae, si Romanus Romanam nuptiis intervenientibus vel consensu ducat uxorem. Die Worte Nuptiis intervenientibus vel consensu sollen wohl besagen, dass die Legitimae nuptiae, bez., was damit gleichsteht, das Legitimum matrimonium (1, 3, 2) unter Abhaltung einer Hochzeit oder mit einfacher Konsenserklärung geschlossen werden. Betrachtungen über das Verhältnis dieser beiden Momente bei Hitzig, S. 199 u. 200. Legitimae nuptiae ist hier die giltige Ehe oder die Ehe schlechthin und heisst so im Gegensatze zur incestuosen Ehe (1, 4, 8 Quodsi quis incestas vel nefarias, id est quae sunt superius comprehensae, nuptias inierit).

[118]) Vielleicht hat der Verfasser in G. 1, 56 eine Bestätigung dieser Auffassung erblickt.

[119]) 1, 29—32a; 65; 66; 68—72; 80. 3, 5.

[120]) Das Gesetz findet sich C. Th. 3, 14, 1. Es ist vom Jahre 370 oder 373 (ed. Mommsen, ad h. l. [vgl. S. 2]).

die Affinen anlangt, von dem Verbote der Ehe mit der Schwiegermutter und Schwiegertochter, der Stiefmutter und Stieftochter. Die Schrift geht hier und dort weiter (1, 4, 3—7) [121]). Sie untersagt, neben der Verbindung mit der Schwestertochter, die Ehe mit der Brudertochter, wie es einem Gesetze von Constantius und Constans entspricht [122]), und geht über den dritten Grad der Seitenverwandtschaft hinaus, indem sie das Verbot der Ehe unter Konsobrinen aufstellt, gleichfalls in Uebereinstimung mit der Gesetzgebung der christlichen Kaiser [123]). Was aber das Verhältnis der Schwägerschaft anlangt, so fügt der Verfasser das Verbot der Ehe zwischen Schwager und Schwägerin gleichen Ursprungs ein [124]). Ist dann die Ehe die Grundlage der väterlichen Gewalt, so erledigen sich damit alle Ausführungen der Vorlage, die für den Erwerb dieses Rechts ein besonderes Conubium der Ehegatten und die Römische Civität oder wenigstens eine besondere Erteilung der Patria potestas zur Voraussetzung machen: sie sind demgemäss in unserer Schrift nicht wiedergegeben worden [125]).

4. Das Vormundschaftsrecht weist in der Bearbeitung eine bedeutende Verkürzung auf, indem die Frauentutel geschwunden ist [126]): es giebt nur einen Tutor, der mit den Pupillenjahren ausscheidet, und nur einen Tuenden, der Pupill ist, den Eintritt der Kuratel, der die Minderjährigen und die grossjährigen Verschwender und Geisteskranken unterworfen sind, vorbehalten [127]). Hingegen lässt sich nicht

[121]) Fratris quoque et sororis filiam uxorem ducere non licet. Sororem quoque patris ac matris uxores accipere non licet. Genero quoque socrum suam, nec socero nurum uxorem accipere licet, nec vitrico privignam, nec privigno novercam. Fratres etiam (enim, ed. Haenel et Cod. Leg.) amitinos vel consobrinos in matrimonium iungi nulla ratione permittitur. Sed nec uni viro duas sorores uxores habere, nec uni mulieri duobus fratribus iungi permittitur.

[122]) Das Gesetz findet sich C. Th. 3, 12, 1 und ist vom Jahre 342. Die Vorschrift ist wiederholt in einer Konstitution vom Jahre 396 (C. Th. 3, 12, 3).

[123]) Das Gesetz findet sich in jener Konstitution vom Jahre 396 (vgl. Note 122) (C. Th. 3, 12, 3) erwähnt, ferner in einem Gesetz vom Jahre 409 (C. Th. 3, 10, 1). Es ist nach Gothofredus ad C. Th. 3, 10, 1 vom Jahre 384 (oder 385).

[124]) Das Verbot ist durch ein Gesetz vom Jahre 355 (C. Th. 3, 12, 2) eingeführt. Es ist dann wiederholt in der Konstitution vom Jahre 396 (vgl. Note 122 u. 123) und in einem Gesetze vom Jahre 415 (C. Th. 3, 12, 4).

[125]) 1, 56; 57; 65; 71; 76; 77; 87; 93; 94. 3, 20.

[126]) 1, 114 u. 115; 144; 145; 148—154; 157; 168—181; 191—195c. 2, 47; 80; 81; 83; 85; 112; 118, 119; 122. 3, 43; 44; 91; 108; 119; 171; 176.

[127]) Es heisst (1, 7, 1): (tutores..) legitimi sunt qui pupillo per virilem sexum propinquitate coniunguntur. Und ferner (1, 8): peractis pupillaribus annis, quibus tutores absolvuntur, ad curatores ratio minorum incipit pertinere. sub curatore sunt minores aetate, maiores eversores, insani: hi, qui minores sunt, usque ad viginti et quinque annos impletos sub curatore sunt; qui vero eversores aut insani sunt, omni tempore vitae suae sub curatore esse iubentur, quia substantiam suam rationabiliter gubernare non possunt.

sagen, dass in der Schrift das Verhältnis der Cura zur Tutel derart gezeichnet ist, dass erstere notwendig oder wenigstens ganz regelmässig an letztere sich anschliesst [128]). Als Delationsgründe der Tutel werden, und zwar in dieser Reihenfolge, Gesetz Testament und Inquisitio iudicis aufgeführt (1, 7, pr. 1 u. 2) [129]).

---

[128]) Hitzig, S. 200, findet in dem Note 127 zu zweit aufgeführten Text (1, 8) einen Widerspruch zu dem Satz Inviti adulescentes curatores non accipiunt eingeschlossen und erblickt darin ein Seitenstück zu oströmischen und sonstigen Ueberlieferungen (alte Turiner-Institutionenglosse N° 28), die darauf hinweisen, dass der Satz in Abnahme gekommen ist. Dieser Widerspruch müsste also darin gelegen sein, dass die Schrift sagt: mit Ablauf der Pupillenjahre, die die Tutel beende, beginne die Führung der Geschäfte der Minderjährigen, die Ratio minorum, den Kuratoren obzuliegen, bez. stehen die Minores unter einem Kurator und zwar, im Gegensatz zu den Maiores eversores aut insani, für die Dauer ihres minderjährigen Alters. Indessen braucht mit diesen Äusserungen, die ja unter keinen Umständen wörtlich zu nehmen sind, da ein Kurator doch nicht Ipso iure, sondern erst kraft Ernennung da ist, nur gesagt zu sein, dass es Curatores minorum giebt, nicht dass es solche geben muss: über die Bedingung, unter der die Vormundschaft eintritt, spricht sich die Schrift ja auch beim Curator des Prodigus oder, wie die Schrift es ausdrückt, des Eversor nicht aus, von dem es einfach, wie mit Bezug auf die Minores, heisst, dass er unter Kuratel steht, während doch, und zwar auch nach dem Rechte des Breviars (P. 3, 5, 1), vorgängige Interdictio durch den Magistrat erforderlich war. Von der Annahme aus, dass die Schrift Kodifikationsarbeit ist, erscheint diese Auffassung selbst geboten, da die übrigen Teile des Breviars, bez. die Interpretation, durchaus nicht jeden Minor unter Kuratel stehen lassen (vgl. z. B. C. Th. 3, 17, 1 cum Int. P. 3, 1, 1 Int.). Uebrigens muss man sagen, dass sich, da der Text des Gaius nicht erhalten geblieben ist, ein sicheres Urteil nicht fällen lässt.

[129]) Gaius hebt natürlich mit den Tutores testamentarii an (1, 144 u. 155). Diese Reihenfolge kehrt wieder in der Angabe über den Vormund Ex inquisitione iudicis (1, 7, 2 Quodsi nec testamentarius tutor fuerit nec legitimus). Mit Bezug auf den Tutor testamentarius ist auch hier nicht Patria potestas des Erblassers als Erfordernis angegeben (1, 7, 1 Testamentarii sunt quos patres aut avi paterni in testamento suo tutores filiis aut nepotibus delegaverint): die Annahme, dass sie im Sinne des Verfassers auch kein Erfordernis ist, kommt mir um so wahrscheinlicher vor, als schon die klassische Regelung (Confirmatio sine inquisitione: vgl. I. 1, 13, 5 und die in ed. Schrader hierzu citierten Texte) die Erhebung der testamentarisch dem emanzipierten Kinde zugewiesenen Tutel zur testamentarischen vorbereitet. Dass eine von dem Avus paternus verfügte Tutel nur zur Geltung kommt, wenn der Enkel nach dem Tode des Grossvaters nicht in der Gewalt des Sohnes steht (G. 1, 146), verstand sich bei der Ausdrucksweise der Schrift, die eine Tutel nur über einen Pupillus, das ist eine unmündige und verwaiste Person kennt, von selbst. Ueber die Vormundschaft Ex inquisitione iudicis vgl. Note 236.

§ 7. *Fortsetzung.* d. *Vermögensrecht.*

1. Vom Vermögensrecht erscheint in der Schrift vor Allem das Sachenrecht in stark verkürzter Gestalt. Die Schrift kennt zunächst von den Gaianischen Einteilungen der Sachen, ausser der bereits (§ 5, 1) ausführlich behandelten in Res nostri iuris Res divini iuris und Res publici iuris, lediglich die in Res corporales und Res incorporales (2, 1, 2 u. 3 = G. 2, 12—14). Dass jede Spur des Dominium duplex fehlt, ward bereits erwähnt (vgl. S. 25): es fehlt ferner die Einteilung der Sachen in Res mancipi und Res nec mancipi und der unbeweglichen Sache in Fundus Italicus und Fundus provincialis, zugleich aber auch Alles, was auf diese Einteilungen Bezug hat, so insbesondere die Manzipation für vermögensrechtliche Zwecke [130]). Von den Erwerbsweisen der Sachen, der körperlichen und der unkörperlichen, ist die In iure cessio Usucapio Occupatio Alluvio nebst Avulsio und Insula in flumine nata verschwunden [131]). Auch abgesehen von der Beziehung zur Usukapion begegnet die Bona fide possessio nirgends [132]). Was die Tradition anlangt, so redet, wo Gaius beim Legatum per damnationem und beim Legatum sinendi modo eine Verpflichtung, je nach Massgabe der Sache, zur Manzipation, bez. In iure cessio, oder zur Tradition statuiert (2, 204; 213; 214), der Verfasser unserer Schrift unterschiedslos von der Verpflichtung zur Tradition (2, 5, 2 u. 6): in die Aufzählung der Erwerbsweisen ist jedoch auch die Tradition nicht übergegangen. Unter Ausscheidung Alles dessen, was dazwischen liegt, lässt unsere Schrift der Lehre von den Einteilungen der Sachen die Ausführungen der Institutionen (2, 73—79) über Inaedificatio Implantatio Satio Verbindung beweglicher Sachen und Spezifikation folgen (2, 1, 4—6) und beschliesst diesen Abschnitt mit Erörterungen über den Erwerb durch gewaltunterworfene Personen (2, 1, 7), die gleichfalls auf Gaius zurückgehen (2, 86 sqq.)

---

[130]) 1, 119—122; 192. 2, 7; 14a—23; 25—27; 29; 31; 33; 41; 43; 46, 47; 59; 63; 65; 80; 81; 83; 85; 87; 204; 213; 214; 220. 3, 166 u. 167.

[131]) 2, 22; 24—61; 65—72; 89; 93; 94; 96; 204; 213; 214. 3, 80; 85—87; 201.

[132]) 2, 76; 78; 86; 92; 95. 3, 164; 166; 200.

2. Auch das Erbrecht ist in unserer Bearbeitung stark beschnitten. Was Gaius mit Bezug auf die Nachfolge in das Vermögen eines Freigelassenen berichtet, ist ausgeschieden [133]). Hierauf habe ich bereits hingewiesen bei der Beantwortung der Frage, in welcher Gestalt und in welchem Masse die Schrift dasjenige wiedergegeben hat, was sich bei Gaius auf das erbrechtliche Doppelrecht bezieht (vgl. S. 26). Alles, was bei Gaius die Cretio [134]), und was die Kaduzität der Caelibes und Orbi betrifft, ist spurlos getilgt [135]). Aber auch sonst fehlt es nicht an Streichungen, weniger noch mit Bezug auf die erbrechtliche Singularsuccession, hinsichtlich deren im Grossen und Ganzen die Vorlage wiederkehrt, als hinsichtlich der Erbfolge, dem einzigen in unserer Schrift ausführlicher behandelten der von Gaius genannten Universalsuccessionsfälle [136]): so fehlen insbesondere die Erörterungen über die Testamentsformen, über die Solennität der Erbeinsetzung, das

---

[133]) 1, 35 u. 167. 3, 39—71.

[134]) 2, 144; 164—174; 176—178; 189; 190. 3, 36.

[135]) 2, 111; 144; 205—208; 286; 286a.

[136]) G. 2, 98 nennt als Universalsuccessionsfälle neben der Erbfolge, mit Bezug auf welche Hereditas und Bonorum possessio unterschieden wird, die Emptio bonorum Arrogation und Conventio in manum. Letztere musste in unserer Schrift mit der Manus ausfallen. Ebenso wie die an einer andern Stelle der Institutionen (3, 85—87; vgl. auch 2, 34—37) näher entwickelte Universalsuccession durch In iure cessio geschwunden ist. Die Schrift giebt als Fälle der Universalsuccession, die sie als ein Acquirere omnia bona simul bezeichnet, neben der Hereditas die Emptio und Adoptio an (2, 2 pr. Per universitatem, hoc est omnia simul bona acquirimus hereditate, emptione, adoptione). Der Arrogation wird dann in Kürze gedacht (vgl. Note 74), hingegen mit Bezug auf die Emptio, wie es statt Emptio bonorum heisst, eine nähere Ausführung, die der von Gaius an anderer Stelle gegebenen (3, 77—81; vgl. 2, 150) entsprochen hätte, nicht gegeben. Dies würde sich schon aus der Fernhaltung des Ius quod ad actiones pertinet erklären, beruht aber m. E. auf dem Umstande, dass von dem Falle der Emptio vom Standpunkte der Schrift Nichts zu sagen war, da es sich dabei nicht sowohl um einen technisch Emptio bonorum genannten Universalsuccessionsfall, wie bei Gaius, als vielmehr um den lediglich thatsächlich bemerkenswerten Sachverhalt handelt, dass sämmtliche einzelne Bestandteile eines Vermögens verkauft werden. Dass der Autor in der Emptio eine wahre Universalsuccession und nicht vielmehr eine Uebertragung aller einzelnen Vermögensbestandteile erblicken will, kann man aus der von der Schrift gebrauchten Wendung des Omnia simul bona acquirimus nicht entnehmen. Der Schriftsteller vermeidet ja auch die technische Bezeichnung der Emptio bonorum, sondern spricht schlechthin von Emptio. Da man unter allen Umständen annehmen muss, dass die Epitome erst in der christlichen Kaiserzeit geschrieben ist, war die Emptio bonorum im Sinne des Gaius zur Zeit der Abfassung der Stelle bereits Antiquität (vgl. I. 3, 12 pr.). Ein in der Schrift genannter Fall des Omnia simul bona acquirere, was im übrigen durch die verschiedensten Umstände veranlasst sein konnte, ist der Verkauf der Res id est hereditas domini durch den Heres necessarius behufs Befriedigung der Erschaftsgläubiger (2, 3, 6 cum res eius, id est hereditas domini, pro debitis venditur et creditoribus datur). An ihn wird, wie man annehmen darf, der Autor haben gedacht wissen wollen.

Militärtestament und die beschränkte Erbeinsetzungsfähigkeit der Frauen[137]).

3. Mit Bezug auf das Forderungsrecht sind aus der Zahl der Kontrakte besonders die Ausführungen über die Stipulation stark beschnitten, indem die Adstipulation getilgt ist und die Bürgschaftsformen der Sponsion und Fidepromission, aber auch die auf die Stipulationsbürgschaft im allgemeinen bezüglichen Vorschriften der Lex Cornelia keine Aufnahme gefunden haben (3, 118—125)[138]). Als Litteralkontrakt erscheint in der Schrift (2, 9, 11 u. 12) der Sachverhalt, dass auf Geheiss des Gläubigers der Schuldner die Summe Geldes, die er dem Gläubiger schuldet, einem Dritten zurückzahlen zu sollen verschreibt, wobei dem Schuldner versagt ist, dem neuen Gläubiger gegenüber den üblichen Einwand der nicht gezahlten Valuta zu erheben, da er ja von dem alten Gläubiger Valuta empfangen hat[139]). Es wird dann ein doppelter

[137]) 2, 104—109; 114—117; 119—121; 147—149a; 274.

[138]) 3, 110—114; 117; 126; 215. Unzutreffend ist die Annahme, dass die Schrift an der sofort im Texte zu erörternden Stelle (2, 9, 11) (vgl. die folg. Note) auf den Text des Gaius über die Adstipulation (3, 110 u. 111) zurückgeht (vgl. Hitzig, S. 206 u. 207, und die Quellenangaben ad h. l. in ed. Boecking und ed. Haenel). Mit Bezug auf Thatbestand und Rechtswirkung besteht eine so erhebliche Verschiedenheit zwischen demjenigen, was Gaius von der Adstipulation, und demjenigen, was unsere Schrift überliefert, dass nicht abzusehen ist, wie letztere damit, sei es auch nur annähernd und verarbeitet, das Recht der Adstipulation darzustellen, ja auch nur zum Ausgangspunkt eines davon abweichenden Sachverhalts zu nehmen vermocht haben konnte. Lediglich dem Umstande zu Liebe, dass ohne jenes Verhältnis zur Adstipulation dem Texte jeder Bezug zu Gaius fehlen würde, darf man es doch nicht annehmen: aber es zeigt sich ja, dass dies nicht richtig ist, indem vielmehr dem Text eine Ausführung des Gaius über den Litteralcontrakt zu Grunde liegt. Nur soviel ist richtig, das der Materienfolge nach, die ja im Wesentlichen bei Gaius und in unserer Schrift die gleiche ist, der Text ebensogut auf die Adstipulation wie auf den Litteralkontrakt sich beziehen kann: denn wie er sich in unserer Schrift der Erörterung der Stipulation anschliesst (2, 9, 2—10), so findet sich bei Gaius die Reihenfolge Stipulation (3, 92—109) Adstipulation (3, 110—114) und Litteralkontrakt (3, 128—134). Zwischen Adstipulation und Litteralkontrakt steht bei Gaius die Stipulationsbürgschaft (3, 115—127), die indessen in unserer Schrift an der Spitze der Stipulation (2, 9, 2) behandelt wird.

[139]) Es handelt sich um das Verständnis des folgenden Textes (2, 9, 11). Si aliquis nobis pecuniam debeat, possumus debitorem nostrum compellere, ut pecuniam, quam nobis redditurus erat, alteri se caveat redditurum; neque potest ei, cui pro nostro debito cavit, de cauto et non numerato, sicut fieri solet, aliquid disputationis afferre, cum id, quod a nobis accepit, alteri caverit redditurum. Dass die Verschreibung der Schuld an den neuen Gläubiger, von der hier die Rede ist, das Seitenstück des Gaianischen Litteralkontrakts (3, 128 sqq.) ist, ergiebt sich aus dem Umstande, dass dem Texte die Erörterungen des Gaius über den Litteralkontrakt zu Grunde liegen. Denn heisst es in dem Texte zu Beginn, dass der Gläubiger den Schuldner beauftragen kann, die Rückzahlung der ihm geschuldeten Geldsumme einem andern zu verschreiben, so konnten hierfür schon die Worte, mit denen Gaius seine Darstellung beginnt (3, 128), Litteris obligatio fit veluti in nominibus transscripticiis, Material liefern, sobald man sie von umgeschrie-

Modus der Obligierung unterschieden, A re in personam und A persona in personam. Der Sinn, den unsere Schrift mit dieser Einteilung verbindet, ist der, dass zwar bei einem jeden Litteralkontrakte die Umschreibung einer Schuld auf einen neuen Gläubiger, das heisst In personam erfolgt, indessen der Art, dass die alte Schuld entweder durch Angabe des Rechtsverhältnisses (A re), aus dem sie entspringt, Kauf Miete Gesellschaftsvertrag, oder lediglich durch Angabe der Person des alten Gläubigers (A persona) charakterisiert wird. Es liegt auf der Hand, dass mit dieser Unterscheidung der Schriftsteller den von Gaius (3, 128—130) gemachten Unterschied der Transscriptio A re in personam und A persona in personam wiedergeben will[140]. Ob der Ver-

benen Schuldposten verstand. Dass aber die Ausführung nicht nur aus Gaius sein kann, sondern wirklich aus Gaius stammt, beweist die sich in der Schrift an diesen Eingang anschliessende Äusserung über den Ausschluss der Einrede der nicht gezahlten Valuta. Denn für diese durchaus selbstverständliche Bemerkung, die aber gerade wegen ihrer Selbstverständlichkeit eine durchaus nicht naheliegende Hinzufügung ist, bietet sich in den Ausführungen des Gaius über den Litteralkontrakt die Quelle (3, 131), nämlich in dem Satze, dass das Nomen arcarium keine Litteralobligation sei, da es nur bei gezahlter Valuta Giltigkeit besitze (Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur, in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia): denn hiermit ist in der That auch gesagt, dass beim Litteralkontrakt der Schuldner den Einwand der nicht gezahlten Valuta nicht erheben darf. Seinem Wesen nach ist dann nach der Auffassung der Schrift das Geschäft Novation, resp. Delegation. Der Schuldner verschreibt auf Geheiss des alten Gläubigers die Schuld dem neuen Gläubiger, statt der alten dem alten Gläubiger zustehenden (pro nostro debito, welches Wort demnach den Sinn von Forderung hat): im weiteren Verlaufe (vgl. Note 140) wird dann auch der Ausdruck Delegation gebraucht (.. si id, quod mihi alter debet, alteri personae delegem, ut reddere debeat [scil. delegem, ut alteri personae reddere debeat]).

[140]) Es sind die folgenden Worte, die sich den Note 139 aufgeführten unmittelbar anschliessen (2, 9, 12). Litteris obligatio fit aut a re in personam, aut a persona in personam: a re in personam, velut si id, quod ex emptione aut conductione aut societate debes, alii reddas; a persona in personam, velut si id, quod mihi alter debet, alteri personae delegem, ut reddere debeat. Der Text des Gaius (3, 128—130) lautet dagegen, wie folgt: fit autem nomen transscripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam. A re in personam transscriptio fit, veluti si id, quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. A persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te pro se delegaverit mihi. Hier besteht in unserer Schrift natürlich ein Missverständnis des Gaius. Denn Gaius hat bei dem Gegensatz des Si id, quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero und des Si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero den Gegensatz des Litteralkontrakts ohne Personenwechsel und mit Personenwechsel (Gläubigerwechsel) im Auge. Immerhin ist es doch nicht unbegreiflich, dass unsere Schrift, zumal unter dem Einfluss der Vorstellung, dass ein Nomen transscripticium stets ein auf einen neuen Gläubiger umgeschriebenes Forderungsrecht ist, aus dem Texte des Gaius den Gegensatz herausliest, ob bei der Umschreibung auf den neuen Gläubiger die Causa der Schuld oder die Person des alten Gläubigers urgiert wird. Der Schriftsteller wird in dem Expensum ferre der Vorlage das Expensum als Supinum, somit die Wendung Expensum ferre

fasser bei seiner Auffassung des Gaianischen Texts über den Litteralkontrakt unter dem Einflusse von Verkehrsbräuchen steht oder vielmehr, seinerseits dem Einflusse der Vorlage unterliegend, praktisch bedeutungslose Dogmatik treibt, wird sich kaum sagen lassen [141]). Dass die Schrift von den Tilgungsweisen der Obligationen nur der Zahlung und der Leistung an Zahlungsstatt gedenkt, wurde bereits erwähnt (vgl. S. 22). Was schliesslich die bei Gaius behandelten Obligationes ex delicto anlangt (3, 182—225), so wird ihrer,

---

etwa in dem Sinne eines Zurzahlungsetzens Zurzahlunganweisens verstanden, und das Tibi in dem Id expensum tibi tulero (3, 129) auf den Schuldner bezogen (den Schuldner zur Zahlung anweisen), in dem Tibi id expensum tulero (3, 130) von Expensum abhängig gemacht haben (zur Zahlung an den neuen Gläubiger anweisen). Der Schlussatz Id est si Titius te pro se delegaverit mihi, der sich bei Gaius erläuternd den Worten Si id, quod mihi Tititus debet, tibi id expensum tulero anschliesst, versteht dann, so nehme ich an, die Schrift im Sinne der Berücksichtigung einer andern Eventualität als derjenigen, der er bei Gaius zur Erläuterung beigefügt ist: nämlich von dem Fall, dass nicht Titius der Schuldner des Ego, das will sagen, des alten Gläubigers ist und angewiesen wird, dem Angeredeten (Tibi) zu zahlen, sondern dass Titius der alte Gläubiger des Angeredeten und der Ego der neue Gläubiger ist, sodass es sich um eine seitens des alten Gläubigers an den Angeredeten, den Schuldner, gerichtete Anweisung, für Rechnung des Gläubigers (pro se) an den Ego zu zahlen, handelt (Erster Fall: si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero. Zweiter Fall: si Titius te pro se delegaverit, mihi. Das verbindende Id est kommt etwa unserem beziehungsweise, respektive gleich.)

[141]) Betrachtungen über GV. 2, 9, 12 bei Hitzig, S. 207—209. Es wird bemerkt, dass der Litteralkontrakt der Schrift weder der Sachverhalt ist, den Justinian (I. 3, 21) für seine Zeit als solchen gelten lassen will, noch den z. B. Theophilus (ad h. l.) unter dem Litteralkontrakt des alten Rechts versteht. Dies ist richtig. Wenn Hitzig ferner aber auch bemerkt, dass der Gedanke einer eigentlichen Litteralobligation dem Verfasser fern liegt, ja bei ihm sogar vom Schreiben nicht die Rede sei, so wird doch jedenfalls von einer Skripturobligation gesprochen (2, 9, 11 Si aliquis.. se caveat redditurum, — cui pro nostro debito cavit, — de cauto et non numerato, — cum id.. caverit redditurum. — 2, 9, 12 Litteris obligatio fit). Eine andere Frage ist, ob der Autor nicht an Kaution aus einer Novationsstipulation denkt: die Worte Litteris obligatio fit sprechen nicht entscheidend dagegen und jedenfalls hat er für den Fall, wo der herkömmliche Einwand De cautio et non numerato statthaft ist, eine Stipulationskaution im Sinne. Auch sonst muss ja schriftliche Aufnahme von andern als Litteralkontrakten der Verkehrssitte entsprochen haben, wie Hitzig, S. 208 u. 209, mit Grund bemerkt. Die Obligationen als Res incorporales heissen in unserer Schrift Obligationes de diversis contractibus scriptae (Emptio aut diversi contractus) (2, 1, 2) und die Zureichendheit des mündlichen Konsenses wird, auch ohne Zwang durch die Vorlage, bei den einzelnen Konsensualkontrakten eingeschärft (2, 9, 15 Locatio et conductio simili ratione consistunt, ut consensu, etiam verbo definitio inter consentientes firma permaneat. 2, 9, 16 et potest ita iniri societas.., ut unus pecuniam det, alter operam suam pro pecunia ponat. et huius rei definitio etiam verbo inita valet. 2, 9, 18 Similiter et mandari verbo potest; et cum verbis mandatum fuerit, obligatio contrahitur), was darauf schliessen lässt, dass es nahe lag, um des Herkommens schriftlicher Abfassung willen, den blossen Konsens nicht für ausreichend zu erachten.

einmal auch unter der Bezeichnung von Obligationen aus Culpa [142]), und zwar der vier an Zahl, Erwähnung gethan (2, 10, 1), indessen nur das Furtum des Näheren behandelt (2, 10, 2—6), auch dieses unter Ausscheidung des auf das Recht der alten Haussuchung bezüglichen Stoffes [143]).

---

[142]) 2, 9 pr. Obligatio in duas species dividitur: nam onmes obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex culpa.

[143]) 3, 186—188; 191—194.

ZWEITER ABSCHNITT.

Die herrschende Meinung über die Entstehung der Schrift: sie ist ein von dem Westgothischen Gesetzgeber redigiertes Römisches Produkt.

§ 8. *Darstellung und Kritik der herrschenden Meinung.*

1. Mit Bezug auf die Entstehungsverhältnisse der Schrift besteht eine Meinung, die man als die herrschende bezeichnen kann. Danach ist sie, zwar in der Gestalt. in der sie, einen Teil des Breviars bildend, auf uns gekommen ist, eine Arbeit aus der Hand des Westgothischen Kodifikators, kann aber als solche nicht für eine ursprüngliche, für eine auf das Original sich gründende Bearbeitung der Institutionen gelten. Vielmehr habe sich der Gesetzgeber behufs Herstellung der Arbeit, die uns im Westgothischen Gaius vorliegt, einer Schrift bedient, die bereits selbst Bearbeitung der Institutionen und zwar ein Produkt der späteren Kaiserzeit und Römischer Jurisprudenz gewesen sei. Ein Versuch der Rekonstruktion der alten Bearbeitung oder wenigstens ein Versuch der Scheidung der Epitome Gai in eine ursprüngliche und Römische Masse und in eine Westgothische Masse ist niemals gemacht worden. Immerhin lässt sich sagen, dass von den Vertretern der genannten Ansicht jener angenommenen Bearbeitung der ganz überwiegende, wenn auch indirekte Anteil an dem in der Schrift vorliegenden Produkte zugeschrieben wird [144]).

[144]) Hitzig, S. 187, kommt im Hinblick auf die Litteratur zu dem Satze, es dürfte kaum mehr bezweifelt werden, dass der sogenannte Westgothische Gaius nicht eine erst von den Redaktoren verfasste, sondern eine bereits früher entstandene und von den Redaktoren aufgenommene Gaiusbearbeitung darstelle. Die Abfassung dieser Bearbeitung versetzt Hitzig, S. 217, in die Zeit zwischen 384 und 389. Fitting, S. 321 u. 334, hält es für erwiesen, dass die Kompilatoren des Breviars die Epitome Gai nicht selbst verfassten, sondern schon vorfanden und nur durch Kürzungen und Streichungen in ihre heutige Gestalt brachten: als den spätesten Termin der Abfassung bezeichnet er das Jahr 428.



2. Ein Zeugnis für die herrschende Meinung ist nicht vorhanden. Sieht man aber zunächst von Momenten ab, die dem Inhalt der Schrift selbst entnommen werden, so bietet sich, wie mir scheint, kein Stützpunkt für die Annahme, dass uns in dem als Teil des Breviars vorliegenden Produkte die von dem Westgothischen Kodifikator veranstaltete Zurichtung einer Römischen Bearbeitung der Institutionen aus der späteren Kaiserzeit erhalten ist. Insbesondere liefert hierfür der Kodifikationsprozess keine Analogie. Denn mit Bezug auf die andern Teile ihres Werkes sind die Redaktoren auf die Urschriften zurückgegangen. Was sie aber von ihrer Einkehr bei diesen in die Kodifikation aufnahmen, ist eine Auslese aus ihnen, den Leges (Codex Theodosianus und Novellae Posttheodosianae) und dem Jus (Sentenzen des Paulus, Codex Gregorianus, Codex Hermogenianus, auch Liber Responsorum des Papinian) und daneben, eine, wie ich annehme, hierzu von ihnen selbst abgefasste Umschreibung des Grundtextes, die Interpretation, nicht lediglich die Zurichtung eines älteren Produkts [145]). Ingleichen fehlt jeder Anhalt, dass Rechtsdenkmäler vorhanden sind, die eine Benutzung jener älteren Bearbeitung aufweisen, ja auch nur vermuten lassen [146]).

[145]) Diese Annahme entspricht allerdings nicht der herschenden Meinung (vgl. § 15, 4).

[146]) Zur Annahme Fittings, S. 338, dass Spuren in der alten Turiner Institutionenglosse sich auf Benutzung der älteren Gaiusbearbeitung deuten lassen, ist zu vergleichen Hitzig, S. 222. Einigen Schein besitzt die Annahme, zu der auch Hitzig, S. 222 u. 223, neigt, mit Bezug auf die Lex Romana Burgundionum Es handelt sich insbesondere um zwei Stellen des Burgundischen Gesetzes. Einmal um eine Stelle, die von der Haftung im Falle einer Verbürgung handelt. Sie lautet, wie folgt (14, 7): quod.. in potestatem habeat creditor aut fideiussorem tenendi aut eum, qui debitor prius exteterat. In unserer Schrift heisst es mit Bezug auf diesen Gegenstand (2, 9, 2): creditor.. in potestate habet ad reddendam pecuniam, quem velit, tenere, utrum ipsum debitorem an fideiussorem. Indessen braucht man sich nicht mit Vermutungen darüber zu bemühen, von woher die Lex den Text entlehnt hat. Sie giebt nämlich selbst die Stelle an, auf die der Text zurückgeht, indem sie den citierten Worten das Folgende vorausschickt: Gregoriani constitutionibus libro XII sub titulo: De sponsoribus et fideiussoribus, tenetur insertum (ed. De Salis, MM. GG. Leges I. II. I); dass aber das burgundische Gesetz aus den von ihm angegebenen Quellen schöpft, ist doch sicher. Zudem erweist sich auch ein anderer Text als Quelle der Epitome, nämlich eine Stelle aus dem Auszug der Sentenzen im Breviar (vgl. § 16, 7). Dass zwischen letzterer und dem Texte aus dem Burgundischen Gesetz eine Beziehung besteht, glaube ich wohl; ich nehme an, dass die Interpretation zu dem Texte (2, 18, 12) das Burgundische Gesetz benutzt hat. Nicht besser steht es bei der zweiten Stelle der Lex Romana Burgundionum (10, 1). Sie handelt vom Intestaterbrecht der Descendenten und formuliert den Satz des Gaius (3, 7), dass die Enkel in die Stelle ihres Vaters succedieren, in einer an unsere Schrift anklingenden Weise (Lex Rom. Burg.: eandem, quam pater eorum accepturus erat, capiant portionem. GV. 2, 8, 2: portionem, quam pater eorum erat habiturus, accipiant). Indessen wird in dem Burgundischen Gesetze der Satz auf Gai regula gegründet: dieser Citierweise, oder der von Species Gai, bedient sich aber das Gesetz sonst nur, um einen von ihr direkt den Institutionen entlehnten Passus zu citieren (5, 1 = 3, 225. 12, 1 u. 2 = 3, 188 u. 192). Demnach ist nicht zu zweifeln, dass es auch hier der Fall ist, wie auch schliesslich

3. Fehlt es an Stützpunkten für die Meinung, dass unsere als Teil der Kodifikation überlieferte Gaiusbearbeitung auf einer älteren Bearbeitung der Institutionen ruht, so kann man annehmen, dass damit die Eigenschaft der Schrift als ein Originalprodukt, als ein direkt aus der Vorlage schöpfendes Produkt festgestellt ist. Hiermit wird dann, wie sich wohl sagen lässt, lediglich bestätigt, wofür die Vermutung spricht: oder geht es zu weit, wenn man sagt, im Zweifel müsse man in den Zeitläuften, in die die Entstehung der Arbeit fällt, in einem Werke eine Originalarbeit — den Ausdruck Cum grano salis verstanden — und zumal in der Bearbeitung eines Werkes eine Originalbearbeitung erblicken? Indessen setzt die Annahme, dass es der herrschenden Ansicht an Stützpunkten gebricht, voraus, dass die auf den Inhalt der Schrift zu gründenden Momente sich als unstichhaltig erweisen: ihre Prüfung wird aber wirklich dieses Resultat ergeben. Ich gehe nunmehr hierzu über und bemerke, dass ich, ohne Rücksicht darauf, ob die Litteratur, in welcher die herrschende Meinung niedergelegt ist, einen Punkt behufs Stützung der Ansicht bereits verwendet hat, mir redlich Mühe gegeben habe, alles Beweismaterial, das mir einer Berücksichtigung würdig zu sein schien, zu sammeln und zu untersuchen.

---

die Fassung des Gesetzes hierfür spricht (Gaius: ex.. filio nepotes neptesve in patris sui locum portionemque succedere. Lex Rom. Burg.: in loco patris nepotis neptisque ex filio nati eandem, quam pater eorum accepturus erat, capiant portionem. GV.: nepotes ex filio portionem, quam pater eorum erat habiturus, accipiant). Dass die Lex Romana Burgundionum Produkte der spätrömischen Jurisprudenz benutzt hat, die dann gleichzeitig im Breviar verwertet sind, wird auch von Mommsen, p. LXI, mit Bezug auf die Interpretation bestritten.

§ 9. *Kritik einzelner Stützpunkte.* a. *Spuren von Interpolationen und Streichungen.*

1. Ist die Schrift mit der herrschenden Ansicht die für die Zwecke der Kodifikation veranstaltete Anpassung einer Gaiusbearbeitung der späteren Kaiserzeit, so wäre es begreiflich, wenn sich dieser Sachverhalt in ihrer Gestaltung verriete: sei es, dass der Text, der uns in der Kodifikation vorliegt, erkennen lässt, dass er aus Streichung in einem umfassenderen Texte, der dann eben derjenige jener älteren Bearbeitung war, erwachsen ist, sei es dass er die äusserlichen Kennzeichen der Interpolation trägt. In Wahrheit bietet die Schrift weder diese noch jene Erscheinung [147]).

[147]) Fitting, S. 327, meint, dass in Fällen (1, 5, 2. 2, 8, 7), wo im heutigen Text das Wort Nam, an der Spitze von Sätzen, nicht der Begründung vorgängiger Sätze dient, diese letzteren zwar in der älteren Bearbeitung sich vorfanden, indessen von den Redaktoren der Westgothischen Kodifikation gestrichen sind, sodass das Nam lediglich aus Versehen stehen blieb. Hiergegen kommt jedoch in Betracht, dass Nam weithin in der Schrift Kausalbedeutung nicht besitzt (vgl. Krüger S. 313 Note 33 und Hitzig S. 215). Auch Hitzig, S. 215, meint Spuren von Streichungen wahrnehmen zu können. Wenn er dafür auf den Umstand weist, dass in der Kodifikationarbeit, die uns vorliegt, die einzelnen Materien nicht gleich ausführlich behandelt sind, und dass die Delikte, abgesehen vom Furtum, nicht näher dargestellt werden (vgl. S. 46), während in einer ursprünglichen Bearbeitung sich eine gleichmässige und vollständige Behandlung gefunden haben müsste, so ist zu entgegnen, dass sich Ungleichmässigkeit und Unvollständigkeit auch bei einer ursprünglichen Bearbeitung gut begreifen lässt, wenn die Lücken durch eine andere Stelle ihre Ergänzung finden sollten. So liesse sich dann insbesondere von dem Standpunkte, dass die Epitome für eine originale Kodifikationsarbeit anzusehen ist, die Unvollständigkeit und Ungleichmässigkeit sehr wohl aus dem Umstande erklären, dass der Kodifikator die übrigen Teile des Gesetzbuchs bestimmt hatte, jene Lücken auszufüllen. Und so ist es ja auch (vgl. § 18, 4). Am anscheinendsten ist, wenn Hitzig für die Annahme, dass der Text unserer Schrift Streichungen in dem Texte einer älteren Bearbeitung verrät, sich darauf beruft, dass bei Wiedergabe des Ius quod ad res pertinet, hinter den Einteilungen der Sachen, bez. an die Einteilung der Sachen in Res corporales und Res incorporales anschliessend (2, 1, 2 u. 3), unmittelbar danach der Sachverhalt der Inaedificatio angereiht wird (2, 1, 4), somit insbesondere die bei Gaius vorausgehenden Erwerbsweisen weggelassen werden (vgl. S. 40), indessen der Sachverhalt der Inaedificatio mit Worten eingeführt ist (Item regulariter constitutum est), die sich am füglichsten als Ueberreste einer um die Aufführung jener Erwerbsweisen reicheren älteren Bearbeitung erklären lassen. Dass die Einführung eines Satzes mit Item in der Epitome, die sich der Redeweise in starkem Masse bedient, nicht lediglich den Fortgang im Berich-

2. Insbesondere zeigt sich nirgends im Westgothischen Gaius eine Spur von Interpolationen: mit andern Worten, die Gestaltung der Schrift gewährt keinerlei Anhalt dafür, dass ihr ein älterer Text zu Grunde liegt, der, nachdem er in einem litterarischen Produkte feste Gestalt angenommen hatte, mittels Einschaltungen oder Aenderungen in diesem Texte für die Zwecke der Kodifikation zugerichtet worden ist[148]). Es ist nämlich Nachdruck darauf zu legen, dass für die Ansicht, deren Prüfung hier in Frage steht, nur Interpolationen in Betracht kommen, die sich als Einschaltungen oder Veränderungen in einem bereits zu einem litterarischen Produkte abgeschlossenen Texte kennzeichnen. Denn auch die Meinung, dass unsere Schrift von der Hand des Kodifikators ohne eine Zwischenquelle direkt aus den Institutionen heraus gearbeitet worden ist, wird annehmen müssen, dass es im Arbeitsprozess an Streichungen Einschaltungen und Aenderungen im Entwurfe nicht gefehlt haben kann, und zugeben können, dass sich von diesen Vorgängen in dem endgiltigen Texte Spuren erhalten haben: wenn schon das Einzelwerk, wie es sich weithin auf dem bezeichneten Wege zu seiner schliesslichen Gestalt entwickelt, nicht immer alle

ten bezeichnet, sondern auf eine Beziehung des zu Berichtenden zu dem vorangehend Berichteten hinweist, ist sicher. Indessen lässt sich eine solche Beziehung doch auch vorstellen, ohne dass man zu der bedenklichen Annahme seine Zuflucht zu nehmen braucht, dass der Kodifikator aus Nachlässigkeit bei der Streichung des vorangehenden Textes das Item stehen gelassen hat, in der That einer bedenklichen Annahme, da unsere bisherige Untersuchung einen nachlässigen Autor durchaus nicht verraten hat. Nämlich die, dass den bisher erwähnten Klassen von Sachen mit der Inaedificatio, resp. den sich daran anschliessenden Accessionsfällen, eine neue Klasse von Sachen, die zusammengesetzte Sache, angeschlossen wird. Es ist aber auch möglich, dass, die Dreigliedrigkeit des im Sachenrechte (2, 1) behandelten Stoffs in Betracht gezogen (Einteilung der Sachen: 1—3. Erwerbsweissen: 4—6. Erwerb durch Dritte: 7), das Item etwa den Sinn des „Zweitens" besitzt.

[148]) Dies ist auch die Meinung von Hitzig, S. 215 u. 216. Der Schriftsteller nimmt an, dass, von Streichungen abgesehen, der von den Redaktoren des Breviars benutzte Text der älteren Schrift unverändert geblieben ist. Hingegen meint Fitting, S. 326 u. 327, einzelne von den Redaktoren des Breviars herrührende Interpolationen deutlich wahrnehmen zu können. In dem von Fitting gegebenen Beispiel eines interpolierten Textes (1, 6, 3 Emancipatio, hoc est manus traditio, — mancipat, hoc est manu tradit) liegt ein Fall vor, in welchem ein von Gaius selbst gebrauchtes Wort (1, 132) erläutert wird (vgl. Note 152). Das zweite Beispiel einer Interpolation liefert dem Schriftsteller der oben (S. 15) ausführlich behandelte Satz aus der Lehre von der Emanzipation, Quae tamen emancipatio solebat ante praesidem fieri; modo ante curiam facienda est. Indessen dass sich dieser äusserlich so darstellt, wie es häufig bei Interpolationen der Fall ist, — was man von den durch Id est, Hoc est eingeführten Sätzen sagen kann — lässt sich nicht behaupten, zumal da sich der weitere Text völlig ungezwungen anschliesst (ubi quinque testes cives Romani in praesenti erunt, et pro illo u. s. w.). Überdies ist ja das Glied Quae tamen emancipatio solebat ante praesidem fieri direkt aus Gaius geschöpft (vgl. Note 242), sodass man, wenn der Satz ein Zusatz des Kodifikators zu der älteren Bearbeitung wäre, annehmen müsste, dass dieser auf Gaius zurückgegangen ist (vgl. Note 152).

Spuren seines Werdeganges zu tilgen vermag, um wie viel eher wird es bei einer Arbeit der Fall sein, die, wie unsere Schrift, berufen war, Teil eines Gesammtwerkes, der Westgothischen Kodifikation, zu werden, zumal wenn und soweit die Herstellung der Arbeit nicht in der Hand des Redaktors der anderen Teile der Kodifikation gelegen war [149]). Insbesondere weisen Sprachgebrauch und Stil der Schrift keine Verschiedenheiten auf, die auf Verschiedenheit in der Urheberschaft oder gar in der Entstehungszeit bezüglicher Textesstellen schliessen lassen: viel eher lässt sich sagen, dass der Westgothische Gaius in dieser Hinsicht wie ein Werk aus einem Gusse erscheint [150]). Als eine Stileigentümlichkeit der Schrift kann es z. B. gelten, dass sie ein Satzglied mit einem vorhergehenden durch ein Id est oder Hoc est [151]) verknüpft [152]).

---

[149]) Eine Interpolation dieser Art mag sein der Zusatz Hoc est adfiliatis zu Adoptivis (1, 4, 1) (vgl. Note 204).

[150]) Charakteristisch ist der Sprachgebrauch weniger noch in dem Gebrauche von Worten und Wendungen, als in der Vermeidung von Worten, deren sich die Vorlage bedient. So ist das im Gaiustexte sehr häufig gebrauchte Wort Liberi für Kinder niemals aufgenommen (vgl. Note 230).

[151]) Es finden sich selbst zwei Satzglieder dieser Art, die von einander abhängig sind (Agnati enim sunt per virilem sexum defuncto propinquitate coniuncti, id est consanguinei fratres, hoc est de uno patre nati [2, 8, 3]. Reliquae feminae, hoc est amita, id est patris soror [2, 8, 5]).

[152]) Ich hebe insbesondere dies auch um deswillen hervor, um damit der Annahme entgegen zu treten, dass Textesworte schon darum für jüngere Interpolationen zu dem vorangehenden älteren Texte zu gelten haben, weil sie letzterem durch Id est (Hoc est) angefügt sind. Hiervon könnte doch überhaupt nur dann die Rede sein, wo das angefügte Satzglied den Charakter einer Erläuterung trägt; denn nur mit Bezug auf Satzglieder dieses Inhalts wird sich sagen lassen, dass sie in dieser Form nicht selten jüngere Zusätze sind. Vielfach aber haben diese Satzglieder, soweit sie nicht selbst auf Gaius zurückgehen (z. B. 1, 4, 8. 2, 8, 3. 2, 9, 1), diesen Charakter nicht, sondern dienen dem Zwecke das vorangehende Satzglied zu vervollständigen (z. B. 1, 6, 3 praeter illum, hoc est certum patrem, alius pater adhibetur, qui fiduciarius nominatur. 1, 1, 7 dominus, id est quattuordecim annos egressus. Weitere Beispiele 2, 3, 6. 2, 4 pr. 2, 8, 2) oder eine Ankündigung des vorangegangenen Satzgliedes auszuführen (1, 1, 1 Cives Romani sunt qui his tribus modis, id est testamento aut in ecclesia aut ante consulem fuerint manumissi. 1, 2, 2 si ita in testamento servorum manumissio adscripta fuerit, id est in circulo). Aber auch wo das mit Id est (Hoc est) Angefügte Erläuterungszwecken dient, geschieht es weithin, um die originalen Worte des Gaius zu erläutern, nicht einen davon abweichenden Text, wie man es doch erwarten müsste, wenn man daraus auf das Vorhandensein einer älteren Bearbeitung der Institutionen schliessen will (1, 4, 8 Quodsi quis incestas vel nefarias, id est quae sunt superius comprehensae, nuptias inierit [G. 1, 64 Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit]. 2, 1, 1 antequam aliquis heres exsistat, id est quando dubitatur utrum scriptus an legitimus heres succedere debeat [G. 2, 9].

§ 10. *Fortsetzung.* b. *Antinomien im Inhalt der Schrift und des Römisch-westgothischen Gesetzbuchs.*

1. Widersprüche innerhalb des Westgothischen Gaius sind nicht vorhanden. Hingegen lässt sich nicht leugnen, dass eine Anzahl Äusserungen, die sich in unserer Schrift finden, den Schein erwecken, zu Inhalt in anderen Teilen des Breviars in Widerspruch zu stehen. Nun ist davon auszugehen, dass die Feststellung dieses Scheins als Wirklichkeit, somit das Ergebnis des Vorhandenseins von Antinomien im Inhalt der Epitome Gai einerseits und der übrigen Teile des Breviars andererseits unter keinen Umständen einen entscheidenden Beweis für die Annahme liefern könnte, dass das Produkt, welches den Gegenstand der Untersuchung bildet, keine ursprüngliche, sondern eine abgeleitete Bearbeitung der Institutionen, die Umarbeitung einer älteren Gaiusbearbeitung ist. Auch wenn die Kodifikationsarbeit, die uns in der Epitome Gai vorliegt, direkt aus den Institutionen geschöpft hat, würden Antinomien wenigstens nicht unbegreiflich sein: denn im Rahmen einer Gesammtkodifikation zwischen den einzelnen Teilen eine völlige Harmonie herzustellen, ist eine überaus schwierige Aufgabe. Gilt dies aber selbst für den gewandtesten Redaktor, und zwar um so mehr, je umfassender ein solches Werk ist, so fragt es sich noch, ob gerade der Westgothische

---

Weitere Beispiele 2, 2 pr. u. 1. 2, 3, 5. 2, 5, 5. 2, 8, 3. 2, 9, 17). Andererseits geschieht zuweilen die Erläuterung mit den Worten des Gaius selbst, was, wenn man sie den Redaktoren zuschreibt, voraussetzen würde, dass sich der Kodifikator bei der Zurichtung des Textes jener älteren Institutionenbearbeitung wieder des Grundtextes bedient haben müsste, eine nicht gerade wahrscheinliche Kombination (Beispiele. 1, 1, 4. 1, 4, 9. 2, 1, 4. 2, 2, 2. 2, 5, 5. 2, 5, 7. 2, 7, 1. 2, 8, 3. 2, 8, 5. 2, 9, 1—5; 18). Dass die Erläuterung Hoc est, qui patrem non habet zu den Worten Si quis post factum testamentum adoptaverit apud populum illum, qui sui iuris est (2, 3, 3) dem Zwecke dient, den Text mit Worten der Schrift selbst (1, 5, 1 Arrogatio est, quando aliquis patrem non habens adoptatur) zu illustrieren, ist § 11, 3 ausgeführt. Zuzugeben ist, dass einzelne wenige dieser Satzglieder wohl die Auffassung vertragen, dass damit Text einer älteren Bearbeitung erläutert wird (z. B. 2, 1, 1 divini iuris sunt ecclesiae, id est templa dei. 2, 2, 3 Item et hi, qui furiosi, id est mente insani fuerint, non possunt facere testamenta [hier fehlt uns aber der Text der Vorlage]).

Gesetzgeber, wie viel Tüchtigkeit und guten Willen wir ihm auch zuschreiben mögen, für die besondere Aufgabe, aus den Teilen ein Ganzes zu gestalten, die erforderliche Eignung besessen hat [153]). Immerhin wird man einräumen müssen: der Umstand, dass die Schrift Texte, insbesondere zahlreiche, Texte aufweist, die mit dem sonstigen Inhalt der Kodifikation nicht übereinstimmen, lässt sich als Vermutung hierfür verwerten, dass die im Westgothischen Gaius vorliegende Bearbeitung für keine ursprüngliche Bearbeitung der Institutionen anzusehen ist. Denn ohne allen Zweifel sind Widersprüche innerhalb der verschiedenen Teile eines Gesetzgebungswerks um so erklärlicher, je mehr sich der Kodifikator hinsichtlich der bezüglichen Teile, denen die Antinomien angehören, damit begnügt hat, älteren Text herüberzunehmen, sei es auch zu überarbeiten. So konnte es gewiss einem Redaktor des Gaius, der im Wesentlichen eine alte Bearbeitung ausschrieb, leicht widerfahren, durch diese wenig anspannende Thätigkeit abgestumpft, über Widersprüche seines Textes z. B. mit dem Breviarauszug des Paulus hinwegzusehen. Demnach bildet die Feststellung, ob sich im Verhältnis unserer Schrift zu der Gesammtkodifikation Antinomien finden, bez. ob jener Schein der Wirklichkeit entspricht, den Gegenstand der folgenden Untersuchung. Ich nehme ihr Ergebnis voraus, wenn ich sage, dass sie das Trügerische dieses Scheins offenbart und sich die Unstatthaftigkeit der Benutzung des in Rede stehenden Arguments, sei es auch nur als eines Umstands, der zu einer Vermutung berechtigt, ergiebt. Die Erörterung der in Frage kommenden Texte unserer Schrift, die zum Teil auch ohne Hinsicht auf den angeblichen Widerspruch, in welchem sie zu andern Teilen der Kodifikation stehen, Interesse darbieten, geschieht nach der Reihenfolge, in der sie sich in der Epitome Gai finden.

2. Ich beginne mit dem an der Spitze unserer Schrift stehenden Satze, dass sich unter den Freigeborenen keine Mehrheit von Status, sondern nur ein einziger Status findet (1, 1 pr): ingenuorum omnium unus status est. Dass zunächst die Schrift am allerwenigsten in einem Punkte, wie diesem, mit sich selbst in Widerspruch treten konnte, liegt auf der Hand: wenn es daher, in Ueberein-

[153]) Wenn, wie wiederholt behauptet worden ist (vgl. z. B. Fitting S. 329, Mommsen p. XXXV), die Kodifikationsarbeit des Breviars, bevor sie völlig zum Abschluss gekommen war, den Redaktoren aus der Hand genommen worden und als Gesetzbuch verkündet worden ist, wird sich, so sollte man meinen, dieses Schicksal gerade in dem Punkt fühlbar gemacht haben, dass die Herstellung einer völligen Harmonie zwischen den verschiedenen Teilen des Gesetzbuchs nicht erzielt worden ist. Diese Annahme wird freilich, wie mir scheint, noch der Prüfung bedürfen.



stimung mit dem Grundtexte, heisst, dass zwischen einem Römischen Bürger, der in das Exil geschickt worden ist — statt Exil redet Gaius (1, 128) von der Aquae et ignis interdictio — und einem Civis Romanus das Verhältnis der Patria potestas nicht fortbestehen könne, weil der erstere in die Lage eines Peregrinen gekommen ist (1, 6, 1)[154]), so darf man annehmen, dass der Verbannte als Person in der Lage eines Peregrinen damit nicht als ein Reichsbürger niederer Klasse, sondern als eine ausserhalb des Reichsverbandes stehende Person gekennzeichnet wird [155]). Hingegen scheint Text des Paulus aus den Sentenzen, der im Breviarauszug (4, 9, 1) Aufnahme gefunden hat, mit dem Satze, dass es nur einen einzigen Ingenuitätsstatus giebt, in Widersprach zu stehen [156]). Es wird hier nämlich von einer Latina ingenua, die das Ius Quiritium erzielt hat, gesprochen und ausgesagt, dass sie, schon nachdem sie dreimal geboren hat, zur legitimen Kindeserbschaft zugelassen wird, da sie keine Freigelassene sei. Letzteres bezieht sich darauf, dass eine Freigelassene erst nach der Geburt von vier Kindern das genannte Erbrecht erwirbt, weil die Freigelassene erst mit vier Kindern das zum Kindeserbrecht erforderliche Jus liberorum besitzt (P. 4, 8, 14). Im Sinne des Paulus ist hier in der That von einer Latinerin, die keine Freigelassene Latinischen Standes ist, sondern dem Ingenuitätstand angehört, die Rede. Indessen hat ja bekanntlich das Wort Ingenuus in der nachklassischen Latinität, und zwar auch im juristischen Sprachgebrauch, vorzugsweise die Bedeutung nicht des Freigeborenen, sondern des Freien und auch in unserer Schrift ist es der Fall, wie dies am deutlichsten die von dem Ingenuus, im Sinne des Freigeborenen, gegebene Definition, Ingenui gleich Qui ingenui nati sunt, bezeugt (1, 1 pr.) [157]).

---

[154]) Item de potestate patris exeunt filii, si pater eorum in exsilium missus fuerit, quia non potest filium civem Romanum in potestate habere homo peregrinae condicionis effectus. item filius si vivo patre in exsilium missus fuerit, in potestate patris civis Romani esse non potest, quia similiter peregrinae condicionis factus agnoscitur.

[155]) Von diesem Gesichtspunkt aus erklärt sich auch, dass die Regel, dass das Kind den Status bei ehelicher Zeugung im Augenblicke der Konzeption, bei unehelicher im Augenblick der Geburt empfängt, nur mit Bezug auf den Fall des Wechsels des Status libertatis, nicht auch mit Bezug auf den Fall eines während der Schwangerschaft strafweise eintretenden Verlusts des Bürgerrechts, wie es bei Gaius (1, 90) geschieht, erörtert wird (1, 4, 9). Die ausserhalb des Reichsverbands stehende Mutter bringt unter allen Umständen einen Reichsfremden zur Welt.

[156]) Latina ingenua ius Quiritium consecuta, si ter peperit, ad legitimam filii hereditatem admittitur: non est enim manumissa.

[157]) Abgesehen von der Verwendung des Wortes Ingenuus in der Einteilung der freien Personen und in dem daran geknüpften Satze, dass es nur einen Ingenuitätsstatus giebt (1, 1 pr.), hat, wie schon in der im Texte erwähnten Definition, das Wort Ingenuus die Bedeutung eines freien Menschen schlechthin (1, 4, 9. 2, 9, 5).



Dann aber darf vermutet werden, dass auch in dem Texte des Paulus die Latina ingenua, die das Ius Quiritium erworben hat, im Sinne der Kodifikation nicht eine freigeborene Latinerin, sondern eine Freie Latinischen Standes, die die Civität erhalten hat, bezeichnet. Dieser Sachverhalt wird nun aber, wie man annehmen darf, im Geiste der Kodifikation in keinem anderen als in dem Sinne aufzufassen sein, den unsere Schrift und sonst das Breviar, ausschliesslich und andererseits wiederholt, mit dem Sachverhalt der Erzielung der Civität von Seiten einer Person Latinischen Standes verbindet: nämlich als der Fall, dass eine freigelassene Person Latinischen Standes die Civität erwirbt [158]. Hiervon wird dann mit Bezug auf die legitime Kindeserbschaft ausgesagt, dass die Person nicht als Freigelassene zu gelten hat [159]. Damit ergiebt sich aber auch, dass unsere Schrift zu dem Texte des Paulus keinerlei Widerspruch enthält.

3. Aus dem als Regula iuris bezeichneten Satze, dass das Kind den Status bei ehelicher Zeugung im Augenblicke der Konzeption, bei unehelicher Zeugung im Momente der Geburt empfängt, folgert die Schrift, dass im Falle eines Wechsels des Status libertatis im Laufe der Schwangerschaft eine freie Frau, die ehelich empfängt, trotz Verlustes der Freiheit einen Freien zur Welt bringt, während bei unehelicher Empfängnis von der Sklavin, die frei wird, ein Freier, und von der freien Frau, die als Sklavin gebiert, ein Sklave geboren wird (1, 4, 9) [160]. Diese Sätze sind in der That die Konse-

[158]) Die Schrift sagt (1, 1, 4): Latini certis rebus privilegium civium Romanorum libertorum consequi possunt. Es wird dann noch der Fall der Iteratio hinzugefügt (nam Latini patronorum beneficio, id est si iterum ab ipsis aut testamento aut in ecclesia aut ante consulem manumittantur, civium Romanorum privilegium consequuntur). Weitere Fälle liefert das Breviar. Einmal den Fall des Erwerbs der Civität durch den Latinischen Freigelassenen bei Anzeige eines Jungfrauenraubs (C. Th. 9, 19, 1). Ein weiterer Thatbestand wird C. Th. 2, 22, 1 angedeutet, indem das Gesetz von dem Sachverhalt redet, dass ein strafweise in die Latinität versetzter Freigelassener Römischen Bürgerrechts bis zu seinem Tode in dem Status der Latinität verharrt (sine reparatione status, wie die Interpretation es ausdrückt).

[159]) Auch wurde der Freigelassene Latinischen Standes, nachdem er das Ius Quiritium erzielt hat, nicht mehr als Freigelassener beerbt, womit dann G. 3, 72 u. 73 hinfällig wurde.

[160]) Regula iuris hoc continet, ut, qui legitime concipiuntur, tempore conceptionis statum sumant; qui vero non de legitimo matrimonio concipiuntur, statum sumant eo tempore, quo nascuntur. ac proinde de legitima coniunctione conceptus, etiamsi mater eius statum mutet, id est si ancilla fiat, ille qui legitime conceptus est, ingenuus nascitur; nam qui non legitimo (de l., Cod. Leg.) matrimonio concipitur, si mater eius ex (om., Cod. Leg.) ancilla, dum praegnans est, libera facta fuerit, liber nascetur (nascitur, Cod. Leg.); si vero ex ingenua ancilla praegnans facta fuerit, servus nascetur (nascitur, Cod. Leg.), quia non legitime, sed vulgo conceptus est.

quenz jener Regel, die dann auch von Gaius gezogen wird (1, 89 u. 91). Hingegen heisst es in dem in das Breviar aufgenommenen Texte aus den Sentenzen des Paulus (2, 25, 2), dass von einer Frau, die als Freie empfangen, indessen als Sklavin geboren hat, um des Favor libertatis willen, ein Freier geboren wird [161]. Es geht nicht an, eine Vereinigung beider Texte auf die Annahme zu gründen, die Äusserung des Paulus sei im Sinne der Kodifikation lediglich auf den Fall der ehelichen Zeugung zu beziehen, in welchem ja auch nach unserer Schrift ein freies Kind zur Welt kommt. Hiergegen spricht, wenn auch nicht gerade der Umstand, dass Paulus den Satz aus dem Favor libertatis, nicht aus jener Regula iuris ableitet [162], dass die Ausdrucksweise des Paulus die Unterlegung eines einschränkenden Verständnisses nicht begünstigt. Ein Widerspruch zwischen unserer Schrift und jener Äusserung des Paulus liegt aber insofern nicht vor, als erstere den Satz, dass bei unehelicher Zeugung, wenn die Mutter nach der Empfängnis die Freiheit verliert, ein Sklave geboren wird, lediglich als Konsequenz verzeichnet, zu der jene Regula iuris im Falle einer Wandlung des Status libertatis während der Schwangerschaft führt, neben andern von ihr aufgestellten Konsequenzen, nämlich Geburt eines Freien bei ehelicher Konzeption und Niederkunft der Mutter im Sklavenstande, sowie bei Empfängnis im Sklavenstande und Entbindung der Mutter im Zustande der Freiheit: was, wie es Gaius in einem verwandten Fall ausspricht [163], eine Abbiegung von der Regel, wie sie eben in dem von Paulus behandelten Falle vorliegt, nicht ausschliesst. Exceptio firmat regulam.

4. Auch mit Bezug auf die Ausführungen, die unsere Schrift in dem Berichte über die Res incorporales hinsichtlich der Praedialservituten macht (2, 1, 3), ist ein Zweifel berechtigt, ob nicht ein Widerspruch zu einer Stelle der Sentenzen des Paulus, die im Breviar Aufnahme gefunden hat, konstatiert werden muss [164]. Es

---

[161]) Si libera conceperit et ancilla facta pepererit, liberum parit: id enim favor libertatis exposcit.

[162]) Paulus (2, 25, 1) gründet auch den Satz, dass die Frau, die als Sklavin empfangen hat und nach ihrer Freilassung niederkommt, einen Freien gebiert, nicht auf die Regula iuris, sondern auf den Favor libertatis.

[163]) 1, 82 u. 83: illud quoque his consequens est, quod ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur, et contra ex libera et servo liber nascitur. Animadvertere tamen debemus, ne iuris gentium regulam vel lex aliqua vel quod legis vicem optinet, aliquo casu commutaverit.

[164]) Hitzig, S. 203, nimmt an dem in Frage kommenden Texte von GV. Anstoss, findet dagegen die Definitionen in den Sentenzen richtig.

bezieht sich dies auf die Aufführung der Servituten, nicht der Urbanalservituten, Stillicidia Fenestrae Cloacae Ius altius erigendae domus aut non erigendae domus (Ius altius tollendi und non tollendi) Ius luminum ut ita quis fabricet, ut vicinae domui lumen non tollat (Ius ne luminibus vicini officiatur), die im Wesentlichen dem nur nicht völlig lesbaren Texte des Gaius (2, 14) entsprechen werden [165]), sondern der Rustikalservituten. Hier fehlt der Text des Gaius (2, 14) vollständig. Es heisst mit Bezug auf sie in unserer Schrift folgendermassen: praediorum vero rusticorum iura sunt via vel iter, per quod pecus aut animalia debeant ambulare vel ad aquam duci, et aquae ductus. Demgegenüber steht dann die Stelle aus Paulus (1, 17, 1), wobei aber nicht, sowohl der Text des Schriftstellers als die ihm im Breviar den Sentenzen beigefügte Interpretation in Betracht kommt. Paulus handelt nämlich von der exstinktiven Verjährung mit Bezug auf Via iter actus aquaeductus, die er ohne weiteren Zusatz aufführt. Dagegen begleitet die Interpretation bei der Aufzählung der Servituten die drei Wegegerechtigkeiten mit Zusätzen und zwar, wie folgt: via (viam), qua eundo ad rem nostram uti solemus, vel iter, quo per rem alienam ad nostram pergimus, et actum id est, qua pecora minare consuevimus. Der Aquaeductus scheidet dann für die folgende Betrachtung aus. Was aber die Wegeservituten anlangt, so scheint die in der Interpretation gelegene Zeichnung in der That weder mit den entsprechenden Angaben unserer Schrift, noch mit den bekannten Beschreibungen der drei Wegegerechtigkeiten Iter actus via, die in das Corpus iuris aufgenommen sind (l. 2, 3 pr. D. 8, 3, 1 pr.) vereinbar zu sein. Bei näherem Zusehn ergiebt sich indessen, dass das erste nicht der Fall ist. Zweifellos scheint mir zunächst zu sein, dass in der Epitome Gai zwei, bei Paulus hingegen in den citierten Worten drei Praedialservituten aufgeführt werden, und zwar derart, dass an der ersten Stelle zwei Wegerechte, nämlich Via und Iter, auftreten, während bei Paulus eine als Actus bezeichnete Servitut angereiht wird, die indessen nicht als ein Wegerecht, sondern mit den Worten Qua pecora minare consuevimus als Weidegerechtigkeit charakterisiert wird. Da somit die letztere Servitut bei der Untersuchung nach dem Verhältnisse des Gaianischen und des Paulinischen Berichtes ausscheidet, fragt es sich lediglich, ob die Charakterisierung von Via und Iter an beiden Stellen die gleiche ist. Meines Erachtens ist es nicht der Fall, aber nicht um deswillen weil die beiden Texte,

---

165) Über die Bedeutung der Servitus, die als Fenestrae aufgeführt wird, besteht Streit: vgl. z. B. Hitzig S. 203.



die Servituten von der gleichen Seite beschreibend, mit Bezug auf sie Verschiedenes aussagen, somit einander widersprechen, sondern weil sie bei ihrer Beschreibung von verschiedenen Seiten ausgehen und sich somit nicht widersprechen. Unsere Schrift nämlich beschreibt von den beiden Wegeservituten die eine, den Iter — bei der Via begnügt sie sich mit der blossen Nennung des Namens — nach ihrer gebräuchlichen Verwendung, die Interpretation diese und jene Servitut nach ihrem Inhalt. Den Inhalt der Rechte giebt die Interpretation mit Worten an, die doch wohl nichts anders besagen, als dass die Via die Berechtigung ist, sich eines über das dienende Grundstück führenden vorhandenen Weges, einer Strasse, zu bedienen (via qua eundo ad rem nostram uti solemus), der Iter das schlichte Recht, das Nachbargrundstück zum Passieren zu benutzen (quo per rem alienam ad nostram pergimus). Die gebräuchliche Verwendung des Iter, wovon unsere Schrift redet, besteht dann darin, sich seiner für den Transport von Weidevieh oder sonstiger Tiere zu bedienen, bez. sie darüberhin zur Tränke zu führen (iter per quod pecus ant animalia debeant ambulare vel ad aquam duci). So besteht zwischen der Interpretation und unserer Schrift kein Widerspruch, ja vielmehr Uebereinstimmung, sofern der Actus hier und dort aufgehört hat, die dritte Wegegerechtigkeit zu sein: wird er bei Paulus als Weidegerechtigkeit charakterisiert, so fehlt er in unserer Schrift [166]).

5. Die Institutionen des Gaius überliefern den Satz (2, 91), dass ein Sklave, an dem ein Niessbrauch besteht, dem Niessbraucher, wie es heisst, Ex re des Niessbrauchers, bez. Ex operis suis (Ex re nostra vel ex operis suis), im Uebrigen aber dem Eigentümer erwirbt [167]). Die Schrift giebt den Satz dahin wieder, dass die Sklaven, die sich im Niessbrauche einer Person und im

[166]) Krüger nimmt in seiner Ausgabe des Gaius (Coll. librorum iur. Anteiust I.[4]) an, dass Gaius folgende Aufzählung der Servituten enthielt (ad h. l.): via, iter, actus, item pecoris ad aquam adpulsus. Dergleichen würde in der That erklären, dass in unserer Schrift keine dritte Wegegerechtigkeit, Actus genannt, vorkommt, während der Iter ein Iter actus pecoris, bez. pecoris ad aquam adpulsus ist (iter, per quod pecus aut animalia debeant ambulare vel ad aquam duci). Das Missverständnis setzt natürlich voraus, dass der alte Typus des Actus der Zeit nicht mehr geläufig ist. Dies ergiebt sich auch aus der Lex Romana Burgundionum, deren Text (17, 3) auf die genannte Stelle der Sentenzen (1, 17, 1) zurückgeht und den Begriff des Actus erläutern zu müssen meint (Actus [actum], hoc est: ubi carpenta vel carra conversari possunt).

[167]) De his autem servis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut, quidquid ex re nostra vel ex operis suis adquirunt, id nobis adquiratur; quod vero extra eas causas, id ad dominum proprietatis pertineat. Dass der Niessbrauchssklave Ex operis suis vel ex re des Niessbrauchers letzterem erwirbt, findet sich bei Gaius noch an anderer Stelle wiederholt (vgl. Note 32).

Eigentum einer andern Person befinden, nur dasjenige, was sie mit ihrer Arbeit, bez. den Händen gemacht oder aus Löhnen für ihr Werk empfangen haben werden (quod opere aut manibus suis fecerint aut de mercedibus operis sui acceperint), dem Niessbraucher erwerben, während Erbschaft oder Legat oder Schenkung dem Eigentümer zufällt (2, 1, 7) [168]. Daneben überliefert dann das Breviar einen Text aus den Sentenzen (5, 8, 3), ohne Interpretation, der, in der Ausdrucksweise mit Gaius dem Original, nicht der Bearbeitung, übereinstimmend, besagt, dass der Erwerb des Niessbrauchssklaven Ex re des Niessbrauchers oder Ex operis suis dem Niessbraucher zufällt, was von anderswoher — es wird bemerkt, von anderswoher oder Ex re des Eigentümers — gewonnen wird, dem Eigentümer gehört [169]. Auch hier besteht indessen kein Widerspruch, wenn den dem Niessbraucher zukommenden Erwerb die Schrift mit den Worten Quod opere aut manibus suis fecerint aut de mercedibus operis sui acceperint und Paulus als Erwerb Ex re fructuarii aut ex operis suis charakterisiert. Zunächst erscheint es kaum zweifelhaft, dass die Schrift die Institutionen in dem Punkte wiedergeben will, dass sie, wie diese mit den Worten Ex re nostra und Ex operis suis zwei Erwerbsursachen, so auch ihrerseits zwei Sachverhalte anzugeben beabsichtigt, bei denen der Erwerb dem Niessbraucher zufällt, den einen als Quod opere aut manibus suis fecerint, den andern als Quod de mercedibus operis sui acceperint bezeichnend, und dass zu dem ersteren Thatbestand der Gaianische Erwerb Ex operis suis das Seitenstück bildet, wonach dann der Erwerb Ex re nostra, sc. usufructuarii, des Gaius als Seitenstück des Erwerbs Quod opere aut manibus suis fecerint übrig bleibt. Wenn dann nun der Erwerb der Sklaven aus den Löhnen für ihr Werk mit dem Erwerb Ex operis suis bei Gaius, bez. Paulus, geradezu identisch gelten kann, so ist zu vermuten, dass im Sinne der Schrift es auch hinsichtlich des mit den Worten Quod opere aut manibus suis fecerint charakterisierten Erwerbes unserer Schrift einerseits und dem Erwerb Ex re des Niessbrauchers bei Gaius, bez. Paulus, andererseits der Fall ist. Indessen wie konnte die Schrift für diesen Sachverhalt jene Aus-

[168]) Hi vero servi, qui in usufructu nostro et in proprietate alterius sunt, hoc tantum usufructuario acquirere possunt, quod opere aut manibus suis fecerint aut de mercedibus operis sui acceperint; nam si eis aut (om., Cod. Leg.) hereditas aut legatum dimittatur, aut donationis aliquid conferatur, hoc proprietario domino, non usufructuario, acquiritur.

[169]) Fructuarius servus si quid ex re fructuarii aut ex operis suis acquirit, ad fructuarium pertinet: quidquid autem aliunde vel ex re proprietarii acquirit, domino proprietatis acquirit.



drucksweise wählen? Es wird dies begreiflich, wenn man erwägt, dass es nahe lag, in der Formel Ex re fructuarii die Res im körperlichen Sinne zu verstehen und demnach bei dem Ex re fructuarii durch den Sklaven verschafften Erwerb an einen durch den Sklaven verschafften Erwerb aus einer körperlichen Sache des Niessbrauchers zu denken. Wenn sich nun die Schrift ganz unzweideutig der Ausdrucksweise bedient, dass der Erwerb auf dasjenige gerichtet ist, was die Sklaven mit ihrer Arbeit, bez. den Händen gemacht geschaffen hergestellt haben (facere), so besteht in der That Uebereinstimmung, sobald man in diesem und jenem Thatbestande, in dem Erwerb sowohl Ex re als auch aus dem Facere opere aut manibus suis, Spezifikation erblickt [170]), wie ja das Aliquid ex re facere in der Schrift für den Erwerbsmodus der Spezifikation gesetzt wird (2, 1, 5 u. 6) [171]). Der Sklave erwirbt dem Niessbraucher aus der dem letzteren gehörigen Sache, das heisst, was er aus ihr macht, und sodann, der Sklave erwirbt dem Niessbraucher, was er mit seiner Arbeit, bez. den Händen macht schafft herstellt: es wird mit Beidem das Gleiche gesagt. Wenn bei der zweiten Formulierung die Erwähnung dessen, dass es sich um Spezifikation einer dem Niessbraucher angehörigen Sache handelt, fehlt, so war sie nach dem von unserer Schrift (vgl. S. 8) vertretenen Rechte der Spezifikation, das unter allen Umständen dem Stoffeigentümer Eigentum zuerkennt, überflüssig, da, indem nur der Stoffeigentümer an dem Produkt Eigentum erwirbt, nicht daran gedacht werden kann, dass der Niessbrauchssklave durch Spezifikation einer einem andern als dem Niessbraucher angehörigen Sache dem letzteren Eigentum verschaffen könnte [172]). Somit ist dann mit dem von dem Niessbrauchssklaven handelnden Satze gesagt, dass das Prinzip der Spezifikation, Eigentumserwerb für den Stoffeigentümer, auch in dem Fall, dass die

---

[170]) Ich bemerke nunmehr, dass Hitzig, S. 193 Note 1, das Folgende sagt: man wird kaum annehmen dürfen, dass GV. mit den Worten Opere aut manibus fecerit das Ex re der Vorlage wiedergeben wollte. Hitzig hat darum den Gedanken nicht weiter verfolgt.

[171]) Quodsi quis ex uvis meis vinum aut ex spicis frumentum aut ex olivis oleum fecerit.. Si quis etiam ex tabulis alienis navem aut armarium aut quodcumque ad usum pertinens fecerit, simili ratione eius erunt quae facta fuerint (sunt, Cod. Leg.), de cuius ligno facta probantur. Similiter etiam si ex lana vel ex lino alieno vestimenta fecerit,.. quicumque.. horum, quae dicta sunt, aliquid fecerit.

[172]) Nimmt man an, wie es ja thatsächlich der Fall ist, dass die Schrift von dem Kodifikator verfasst worden ist, so war diese Hervorhebung um so weniger nötig, als Paulus (5, 8, 3) ausdrücklich bemerkt, dass, was aus einer Sache des Niessbrauchers erworben wird, diesem, was aus einer Sache des Eigentümers — in diesem Sinne musste natürlich das Ex re proprietarii verstanden werden — dem letzteren gebührt.



Spezifikation durch einen in fremdem Eigentum stehenden Sklaven, den Niessbrauchssklaven, geschieht, Geltung behält.

6. Ein weiterer Punkt betrifft den Zinsenanspruch bei Legaten und Fideikommissen. Ein in das Breviar aufgenommener Satz der Sentenzen des Paulus (3, 11, 4) gewährt im Falle des Verzugs bei Leistung von Fideikommissen oder Legaten einen Anspruch auf Früchte und Zinsen[173]). Ingleichen aber erörtert die Schrift unter den Verschiedenheiten der Legate und Fideikommisse eine solche, die den Anspruch auf Zinsen und Früchte betrifft (2, 7, 8). Der Text lautet, wie folgt: fideicommissa si tardius, quam scriptum sit, soluta fuerint, usurae et fructus debentur; legatorum vero usurae non debentur, sed ex mora solutionis, si per damnationem relicta fuerint, duplicantur. Die Vorlage zu diesem Texte (2, 280) stimmt, was das Fideikommiss anlangt, mit der Schrift überein. Sonach treffen die drei Stellen, Paulus Gaius und seine Bearbeitung, in dem Punkte zusammen, dass beim Fideikommiss im Falle der Mora Zinsen und Früchte beansprucht werden können. Von den Legaten heisst es an der genannten Stelle bei Gaius: legatorum vero usurae non debentur[174]). Diese Äusserung ist im Sinne ihres Verfassers mit den Worten des Paulus im Streit, wird aber in unserer Schrift lediglich wiederholt, sodass hier also zwischen dem Breviarauszug und der Epitome Gai eine Antinomie vorzuliegen scheint. Indessen hat sie meines Erachtens durch die auf das Duplum beim Legatum per damnationem bezüglichen Worte, die sie folgen lässt, einen andern Sinn erhalten. Hier heisst es nämlich, dass wegen Zahlungsverzugs die Zinsen verdoppelt werden. Auch diese Worte gehen auf Gaius zurück, der in einem von dem vorgängigen durch ein Zwischenglied (2, 281), — eine weitere Verschiedenheit, den Gebrauch der Griechischen Sprache betreffend — getrennten Satze bemerkt, dass im Falle der Infitiatio der Anspruch aus dem Damnationslegat auf das Doppelte gerichtet ist. Die Schrift streicht dann das Zwischenglied und verknüpft mit jener Paulus widersprechenden Äusserung die Notiz über das Damnationslegat in der Art, dass die Unzuständigkeit des Zinsenanspruchs beim Legat auf den Fall des Damnationslegats beschränkt erscheint, wofür dann in der Klage auf das Doppelte ein Ersatz gefunden wird. Auf diese Weise wird der Wider-

[173] Ex mora praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt.

[174]. Der Schriftsteller fügt dann noch hinzu, dass zu seiner Zeit die Ansicht überwog, dass das Legatum sinendi modo einen Zinsenanspruch zulässt.

spruch unseres Textes zu dem die Zuständigkeit der Zinsenforderung anerkennenden Satze des Paulus vermieden, indem die Schrift eine Ausnahme hiervon lediglich für eine einzelne Legatsart, das Damnationslegat, statuiert. Immerhin blieb doch auch nach dieser Auffassung mit Bezug auf den Zinsenanspruch im Wesen der Legate und der Fideikommisse eine Differenz bestehen, sodass hiervon, wie bei Gaius, in dem Kapitel von den Verschiedenheiten der Legate und Fideikommisse die Rede sein konnte [175]).

7. Eine ausführliche Erörterung erfordert schliesslich aus dem in Frage stehenden Gesichtspunkte dasjenige, was die Schrift, im Anschlusse an die Institutionen (3, 183—187), von den vier Genera furtorum überliefert (2, 10, 2). Von dem Furtum manifestum heisst es, wie folgt: manifestum furtum dicitur, si quando fur, cum cuiuscumque rem tollit, in ipso furto deprehenditur. Das Furtum nec manifestum wird also beschrieben: nec manifestum furtum appellatur, quod quamlibet dum fieret inventum non est, tamen furtum factum fuisse probatur. Das Conceptum furtum wird genannt (dicitur) Cum apud aliquem alterum res furata invenitur, das Oblatum furtum dagegen Cum res furtiva alicui ita a fure datur, ut apud ipsum furem inveniri non possit. Von diesen Definitionen interessiert zunächst diejenige des Furtum manifestum. Es findet sich nämlich neben der Beschreibung des Thatbestandes in unserer Schrift mit den Worten Si quando fur, cum cuiuscumque rem tollit, in ipso furto deprehenditur im Breviar noch eine zweite Erklärung in dem Titel De furtis der Sentenzen (2, 32), zwar nicht des Furtum manifestum selbst, wohl aber des Fur manifestus aufgenommen, die, wie folgt, lautet (3): manifestus fur est, qui in faciendo deprehensus est, et qui intra terminos eius loci, unde quid sustulerat, deprehensus est, vel antequam ad eum locum, quo destinaverat, perveniret. Der erste Eindruck, den das Verhältnis der beiden

[175]) Es ist zuzugeben, das die in Rede stehenden Worte Legatorum vero usurae non debentur, sed ex mora solutionis, si per damnationem relicta fuerint, duplicantur (vgl. S. 62) die Auslegung gestatten, dass — der Absicht des Gaius entsprehend — ein Zinsenanspruch bei allen Legaten versagt ist. Dann bleibt immer noch eine andere Erklärung übrig, die die Annahme einer Antinomie vermeidet. Ausdrücklich wird in unserem Texte, während beim Fideikommiss von der Zuständigkeit eines Anspruchs auf Zinsen und Früchte die Rede ist, mit Bezug auf das Legat lediglich der Zinsenanspruch geleugnet, sodass das Verständnis nicht ausgeschlossen ist, ja mehr als das, nahe liegt, dass einer Klage auf die Früchte Nichts im Wege stehe. Wenn dann Paulus bei Fideikommissen oder Legaten die Beanspruchung von Früchten und Zinsen gestattet, liess sich die Aussage in dem Sinne verstehen, dass bei diesen, resp. jenen Vergabungen ein Anspruch auf Früchte und Zinsen vorkommt, ohne dass damit gesagt wäre, dass bei Legaten dies und jenes beansprucht werden kann.

Texte macht, ist auch hier, dass die Auffassung, die unsere Schrift mit Bezug auf das Furtum manifestum vertritt, der von Paulus vertretenen widerspricht. Und zwar scheint der nähere Sachverhalt der zu sein, dass von den vier in den Institutionen des Gaius (3, 184) vorgetragenen und sich durch den Moment der Ergreifung des Fur unterscheidenden Auffassungen des Furtum manifestum (auf heisser That, am Thatorte, vor Bergung der Sache, beim Gebrauch der gestohlenen Sache) die Schrift die von Gaius an erster Stelle genannte annimmt und als Thatbestand den Fall der unrechtmässigen dolosen Kontrektation und Ergreifung des Diebes auf heisser That bezeichnet, ja mehr noch hierauf den Begriff beschränkt: denn die Schrift will nicht lediglich Thatbestände angeben, die zum Furtum manifestum gehören, sondern dieses selbst charakterisieren. Hingegen scheint Paulus einen Thäter, der Fur manifestus ist, auch denjenigen zu nennen, der es erst nach der bei Gaius an zweiter, ja an dritter Stelle vorgetragenen Auffassung ist: es liegt selbst auf der Hand, dass die Aufzählung von drei Fällen in der genannten vom Furtum manifestum handelnden Stelle des Paulus ein anderes Verständnis überhaupt nicht verträgt. Somit scheint die Antinomie darin zu bestehen, dass Paulus Thatbestände zum Furtum manifestum rechnet, die nach der Annahme unserer Schrift nicht unter den Begriff fallen [176]). Indessen glaube ich als Ergebnis einer näheren Betrachtung bezeichnen zu dürfen, dass unsere Schrift das Furtum manifestum nicht in dem bezeichneten beschränkten und einen Widerspruch mit Paulus einschliessenden Sinne versteht. Es ist hierbei davon auszugehen, dass, wie bei Gaius selbst (3, 185) [177]), das Furtum manifestum als das kontradiktorische Seitenstück des Furtum nec manifestum zu gelten hat. Letzteres Furtum ist nun aber nach der obigen Definition des Furtum nec manifestum in unserer Schrift nicht, wie man erwarten müsste, wenn das Furtum manifestum das Furtum des auf heisser That ergriffenen Diebes wäre, das Komplement des Diebstahls mit Ergreifung des Diebes auf heisser That. Einmal um deswillen, weil die Schrift, wo die Vorlage sich mit Angabe des kontradiktorischen Verhältnisses begnügt, sowohl die Idee einer positiven Formulierung des Furtum nec manifestum als auch ihre Ausführung einem der genannten Definition sich anschliessenden, gleichfalls in das Breviar aufgenomenen Satze des Paulus (2, 32, 4) entlehnt hat und dieser Satz des Paulus den Fur nec

[176]) So sagt Hitzig, S. 211, dass in der Schrift der Begriff des Furtum manifestum enger gefasst sei, als bei Gaius (3, 184).

[177]) ..furtum.. quod manifestum non est, id nec manifestum est.

manifestus offenbar nicht als Gegenstück des auf heisser That ergriffenen Diebes auffasst, ja — sein Verständnis des Fur manifestus in Betracht gezogen — gar nicht auffassen durfte. Sie lautet, wie folgt: nec manifestus fur est, qui in faciendo quidem deprehensus non est; sed eum furtum fecisse negari non potest [178]). Sodann aber um des Inhalts jener Definition des Furtum nec manifestum willen: sie bezeichnet nämlich, in einiger Abweichung von der soeben genannten. als Vorbild dienenden Paulinischen Definition des Fur nec manifestus [179]), das Furtum nec manifestum als den Diebstahl, bei dem die gestohlene Sache nicht gefunden, indessen der Nachweis der verübten That erbracht wird [180]). Ganz bewusst hat der Verfasser das Moment des Nichtauffindens der Sache als Voraussetzung des Furtum nec manifestum aufgenommen [181]). Hiernach muss dann das Furtum manifestum der Diebstahl sein, bei dem die Sache gefunden und zwar bei dem Diebe gefunden wird, da ja Furtum mit Auffindung der Sache bei einem Dritten ein Furtum conceptum ist, und bei dem somit der Fur, wenn auch nicht auf heisser That ergriffen, so doch durch den Fund als Thäter ertappt wird.

[178]) Ich lasse die Definitionen des Nec manifestum furtum (bez. Nec manifestus fur) in unserer Schrift und bei Paulus einander folgen, um zu zeigen, dass, zumal nirgends sonst als bei Paulus das Furtum nec manifestum positiv umschrieben ist, Abhängigkeit der Schrift von Paulus anzunehmen ist. GV. lautet: nec manifestum furtum appellatur, quod quamlibet dum fieret inventum non est, tamen furtum factum fuisse probatur. Paulus lautet, wie folgt: nec manifestus fur est, qui in faciendo quidem deprehensus non est; sed eum furtum fecisse negari non potest. Auch Hitzig, S. 211, nimmt an, dass die genannte Definition, und auch die Gegenüberstellung von Furtum manifestum und nec manifestum, aus Paulus (2, 32, 3 u. 4) geschöpft ist.

[179]) Wenn es bei Paulus mit Bezug auf den Fur nec manifestus wörtlich heisst Qui in faciendo deprehensus non est, so will der Schriftsteller natürlich nicht sagen, dass nur der Fur in faciendo deprehensus ein Fur manifestus ist. Es würde dazu ebensowenig die von Paulus gegebene Definition des Fur manifestus, wonach der Fur manifestus in dem Fur in faciendo deprehensus nicht aufgeht, wie das sich anschliessende Satzglied (sed eum furtum fecisse negari non potest) passen. Paulus versteht unter dem Fur qui in faciendo quidem deprehensus non est das Gegenstück zu dem von ihm unmittelbar zuvor beschriebenen und an erster Stelle als Fur qui in faciendo deprehensus est charakterisierten Fur manifestus, sodass also der Fur nec manifestus schliesslich der Fur ist, der kein Furtum manifestum verübt hat, während, wie Paulus hinzufügt, nachweislich von ihm ein Furtum verübt worden ist.

[180]) Das Dum fieret in der Definition unserer Schrift vom Furtum nec manifestum ist nicht temporal zu verstehen, da ja, wenn man die Worte in diesem Sinne auffassen wollte, nicht wie es geschieht, von einen Furtum quod inventum non est, sondern von einem Furtum quod deprehensum non est hätte gesprochen werden müssen (G. 3, 184 Manifestum furtum.., quod, dum fit, deprehenditur). Davon dass etwa die Schrift das Inveniri im Sinne des Deprehendi gebraucht, kann nicht die Rede sein: sie verwendet auch in den Definitionen des Furtum conceptum und des Furtum oblatum das Wort Inveniri in keinem anderen Sinne als in demjenigen des Auffindens. Furtum bedeutet, dann, nach durchaus üblicher Sprechweise, das Gestohlene.

[181]) Seine Vorlage, Paulus, bedient sich weder des Wortes, noch des Begriffs.

Und hierauf passt auch wirklich die Definition, die die Schrift von dem Furtum manifestum giebt (Si quando fur, cum cuiuscumque rem tollit, in ipso furto deprehenditur) ausgezeichnet [182]), wobei dann den Worten Cum cuiuscumque rem tollit die Bedeutung zukommt, das Furtum als Diebstahl, im Gegensatz zu sonstigem Furtum, zu charakterisieren [183]). Danach lässt sich sagen, dass der Sinn, den Furtum manifestum in unserer Schrift hat, nicht zu eng ist, um die Thatbestände, in denen nach der Angabe des Paulus der Thäter ein Fur manifestus ist, aufzunehmen. Ja wenn Paulus mit seiner Aufzählung bei dem Sachverhalt einer Ergreifung des Diebes vor Ueberführung der Sache an den Bestimmungsort stehen bleibt, so geht unser Verfasser mit der Charakterisierung des Furtum manifestum als Furtum inventum noch darüber hinaus. Eine Bestätigung empfängt diese den Widerspruch mit Paulus aufhebende Lösung durch zweierlei. Einmal durch den Umstand, dass der doch immerhin befremdliche Sachverhalt schwindet, die Schrift habe eine Auffassung des Begriffs des Furtum manifestum adoptiert, die Gaius an der Stelle, wo er von den vier Auffassungen des Furtum manifestum spricht, selbst nicht als die herrschende bezeichnet hat [184]). Allerdings geht ja andererseits die der Schrift hier zugeschriebene Auffassung des Begriffs selbst noch über das von Gaius an dieser Stelle

[182]) Das In ipso furto deprehenditur ist nicht dasselbe, wie das Paulinische In faciendo deprehensus est.

[183]) Es heisst in der Schrift (2, 10, 3): praeterea qui rem alienam invito aut nesciente domino contingit vel tollit aut de loco movere praesumit, furtum facit. Dieser Text entspricht, der Materienfolge nach, dem nachstehenden der Vorlage (3, 195): furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet. sed generaliter, cum quis rem alienam invito domino contrectat. Ich nehme an, dass das Contingere für Contrectare gesetzt ist, wie es auch die Interpretation zu Paulus thut (2, 32, 1 Fur est, qui rem alienam fraude interveniente contigerit). Es werden dann m. E. zwei Kontrektationsfälle unterschieden, einmal das Tollere und sodann das De loco movere praesumere. Das Tollere wird der Diebstahl sein, während als das De loco movere praesumere ein sonstiges Furtum, insbesondere die Unterschlagung zu gelten hat. Das Furtum manifestum ist dann natürlich ein im Tollere bestehendes Furtum. Das im Tollere bestehende Furtum möchte auch das Certum furtum, das eigentliche Furtum sein, von dem die Interpretation zu C. Th. 2, 1, 8 spricht. Hier ist von der Kompetenz in Strafsachen die Rede und wird das Manifestum furtum aut non manifestum, wie es in der Konstitution selbst heisst, zu den kleinen Kriminalsachen gezählt, die nicht vor die Provinzialinstanz gehören. Statt Manifestum furtum aut non manifestum sagt dann die Interpretation zum Breviar (eod. l.) (ed. Mommsen): certum furtum, id est detentum aut perventum. Wie mir scheint, kehrt in dieser Unterscheidung des eigentlichen Furtum die in unserer Schrift vertretene Auffassung der Begriffe des Furtum manifestum und Furtum nec manifestum wieder (detentum hat den Sinn des Inbeschlagnehmens, perventum des Wegkommens, Durchkommens der Sache).

[184]) Der Schriftsteller bezeichnet vielmehr die Meinung, Furtum manifestum sei, quod eo loco deprehenditur, ubi fit als die von den meisten geteilte Ansicht (3, 194).



gemeldete Verständnis des Furtum manifestum hinaus, indem Gaius in dem Falle Quandoque rem fur tenens visus fuerit den äussersten Fall erblickt, während nach unserer Auslegung schon die Auffindung der Sache bei dem Diebe den Thatbestand des Furtum manifestum darstellt. Aber hiergegen kommt doch in Betracht, dass wiederum Gaius selbst bereits berichtet, nach Zwölftafelrecht mache die Auffindung der gestohlenen Sache — im Gefolge der alten Haussuchung — den Thäter zum Fur manifestus (3, 192 u. 194), sodass, sieht man davon ab, dass es sich um ein Finden unter Voraussetzungen, die die Schrift nicht kennt (vgl. S. 46), handelt, schliesslich der Verfasser den Begriff des Furtum manifestum in einer mit Gaius übereinstimmenden Weise umschreibt. Noch mehr scheint mir aber unsere Auslegung durch den Umstand bestätigt zu werden, dass, indem damit die vier Gattungen des Furtum nach Massgabe des Verhältnisses mit Bezug auf den gleichen Sachverhalt, nämlich die Auffindung der Sache, sich unterscheiden, die Verteilung nach den vier Genera des Furtum einen überaus einleuchtenden und eleganten Charakter erhält: je nachdem nämlich die Sache bei dem Thäter oder bei einem Dritten gefunden oder nicht gefunden wird, ist das Furtum ein Furtum manifestum ein Furtum conceptum (bez. oblatum) oder ein Furtum nec manifestum. Dass das Finden nicht mehr im Stile der alten Haussuchung geschieht, ward bereits erwähnt [185]). Wenn übrigens sonst die Schrift die von Gaius ausführlich behandelte Lehre vom Furtum nur unvollständig wiedergiebt [186]), und sich insbesondere auch nicht über die Aktionen aus Furtum verbreitet [187]),

---

[185]) Furtum conceptum ist dann nichts weiter, als der Sachverhalt, dass die gestohlene Sache bei dem dritten gefunden wird. Mit der alten Haussuchung ist dann auch das Furtum prohibitum, wovon Gaius (3, 188 u. 192) redet, verfallen.

[186]) An die Definitionen der vier Genera furtorum (2, 10, 2) schliessen sich noch einige Sätze an, die auf Gaius zurückgehen, nämlich GV. 2, 10, 3; 4; 5 = G. 3, 195 u. 196 sowie GV. 2, 10, 6 = G. 3, 202. Damit schliesst, zugleich mit der Schrift selbst, die Lehre vom Furtum ab. Inhalt der Institutionen, der sich im Breviarauszuge der Sentenzen findet, ist etwa der folgende. G. 3, 197 = P. 2, 32, 1. G. 3, 200 = P. 2, 32, 20. G. 3, 203 = P. 2, 32, 7. G. 3, 204—207 = P. 2, 32, 7 u. 20 (vgl. auch P. 2, 4, 3). G. 3, 208 = P. 5, 4, 2. Anderer Stoff der Institutionen wird im Breviar mit modifiziertem Inhalt vorgetragen. Mit Bezug auf den Fall der Verleitung des Sklaven zum Furtum ventiliert G. 3, 198 die Zuständigkeit der Actio servi corrupti und der Actio furti: dagegen giebt P. 1, 13, 5 u. 6, die Klage wegen Sachbeschädigung. Gewährt G. 3, 199 beim Furtum an den Kindern dem Gewalthaber die Actio furti, so setzt C. Th. 9, 14, 1 hierauf Poena capitalis (Int. Hi, qui filios alienos furto abstulerint et ubicunque transduxerint, ... morte puniantur).

[187]) Mit Bezug auf die Aktionen aus Furtum giebt Gaius an, dass die Actio manifesti furti auf das Vierfache, Nec manifesti furti auf das Duplum gerichtet ist, während Concepti et oblati poena ein Triplum ist (3, 189—191). Dass neben der reipersekutorischen Klage die Furti manifesti actio auf Poena quadrupli geht, sagt P. 2, 32, 16. Von der Strafe der Actio aus Furtum nec manifestum findet sich ausdrücklich Nichts im Breviar: immerhin

so bieten die übrigen Teile des Breviars, insbesondere der Titel De furtis im Breviarauszug der Sentenzen (2, 32), Ersatz (vgl. Note 186). Ich nehme an, dass die Schrift im Hinblick auf diesen Ersatz von einer vollständigeren Wiedergabe der Vorlage abgesehen hat.

---

spricht P. 5, 20, 1 von der Poena furti pro qualitate furti aut in duplum aut in triplum (5, 20, 2 in duplum vel in triplum), was dann, da die Poena eines Triplum für ein anderes Genus gilt, für das Furtum nec manifestum in der That das Duplum ergiebt. Die Aktionen aus Furtum conceptum und Furtum oblatum werden bei Paulus in der Art erwähnt, dass mit Bezug auf beide die Parteien verzeichnet sind (P. 2, 32, 5 u. 8 Concepti actione is tenetur, apud quem furtum quaesitum et inventum est, — concepti is agere protest, qui rem concepit et invenit. P. 2, 32, 6 u. 9 Oblati actione is tenetur, qui rem furtivam alii obtulit, ne apud se inveniretur, — oblati is agere potest, penes quem res concepta et inventa est). Ausserdem findet sich noch das Folgende (2, 32, 17): furti concepti actio adversus eum, qui obtulit, tripli est poena et ipsius rei restitutio; hierzu lautet die Interpretation: si quis rem furtivam alteri obtulit, ne apud ipsum inveniretur, poena tripli est et ipsius rei redhibitio, quae sublata cognoscitur. Hier ist ganz gewiss, dass der interpretierte Text verdorben ist: indessen liegt er doch bereits der Interpretation zu Grunde, bez. ist Gezetzestext geworden. Ich lege mir diesen Sachverhalt vom Standpunkte der Kodifikation dann folgendermassen zurecht. Die poenale Actio gegen den Oblaten, auf das Triplum, die alte Actio concepti, ist mit der alten Haussuchung weggefallen, was aber nicht ausschliesst, dass aus Furtum conceptum, das will sagen dem Sachverhalt, dass die gestohlene Sache bei einer andern Person als dem Fur gefunden wird, dem Bestohlenen gegen denjenigen, bei dem die Sache gefunden wird, eine Klage zusteht. In diesem Sinne sind die Angaben über die Parteirollen wegen Conceptum zu verstehen (2, 32, 5 u. 8). Dagegen hat sich beim Conceptum, resp. oblatum furtum — die Thatbestände coincideren — die poenale Actio des Oblaten gegen den Dieb erhalten. In diesem Sinne sind dann P. 2, 32, 17 und die Ausführungen über die Parteirollen beim Oblatum zu verstehen (P. 2, 32, 6 u. 9).

§ 11. *Fortsetzung.* c. *Anachronismen im Inhalt der Schrift.*

1. Ich gehe zu einem weiteren Moment über, das als Stützpunkt der Ansicht in Frage kommt, dass unsere Schrift im Wesentlichen eine ältere Bearbeitung der Institutionen des Gaius ist, die von den Redaktoren des Breviars für das Gesetzbuch lediglich hergerichtet wurde. Wir sahen, dass die Schrift Alles, was schon Gaius als obsoletes Recht bezeichnet, ausgeschieden hat (vgl. S. 4). Wir bemerkten (vgl. S. 15), dass in einigen Fällen der Verfasser einen der Vorlage angehörigen Sachverhalt als obsolet bezeichnet, wie bezüglich der Verwendung der Bezeichnung einer Res sancta in dem Sinne, welchen Gaius damit verbindet, wie mit Bezug auf den Magistrat, vor dem zur Zeit dieses Schriftstellers die Emanzipation vorgenommen wurde. Noch häufiger wird, wie sich ergeben hat, dem Stoff, den Gaius überliefert, ein Inhalt gegeben, der dem Rechte der späteren Kaiserzeit entspricht (vgl. § 6). Es wird sich auch zeigen, dass der von der Epitome Gai ausgeschiedene Stoff weithin in dem Zeitalter, dem die Schrift schon nach den von ihr gelieferten festen Daten angehören muss, veraltetes Römisches Recht gewesen ist (vgl. § 18, 2). Alles in allem lässt sich nicht bestreiten, dass die Gaiusbearbeitung sich die Aufgabe gestellt hat, von den Institutionen eine dem Rechte ihrer Zeit entsprechende Vorstellung zu geben; eine Arbeit mit der Intention, es sei der Haupt-, es sei der Nebenabsicht, des Historikers oder Antiquars, hätte sich auch für Beteiligung am Kodifikationswerk kaum eignen können. Mag nun die Epitome Gai von dem Gesetzgeber geschaffen oder nur bearbeitet sein, die Aufgabe, die sich die Schrift als Teil der Kodifikation stellt, ist danach keine andere als die, das Römische Recht nach den Institutionen des Gaius in einer dem Rechte des Kodifikationszeitalters entsprechenden Weise darzustellen. Es sei denn, worauf hier noch nicht eingegangen zu werden braucht, der Kodifikator selbst habe an obsoletem Römischen Recht festgehalten oder umgekehrt bestehendes Römisches Recht abgeändert. Ist nun die Schrift für ein ursprüngliches Werk des Gothischen Kodifikators anzusehen, so erwartet man dann, dass das Vorhaben, das im

Zeitalter der Kodifikation geltende Römische Recht zur Darstellung zu bringen, ausnahmslos zur Durchführung gekommen ist. Trüge die Schrift Etwas vor, was dem Römischen Rechte des Kodifikationszeitalters nicht mehr angehört, so ständen wir vor einem Anachronismus und demgemäss vor einem Irrtum des Gesetzgebers, der auf Rechnung, sei es der Gedankenlosigkeit, sei es der Unwissendheit des Kodifikators zu setzen wäre. Ein Anachronismus bleibt es freilich immer, auch wenn die Schrift sich einer älteren Bearbeitung bedient und den vom Standpunkte der Kodifikation anstössigen Text vorgefunden hätte: denn der Kodifikator hätte ihn, mochte auch der Text dem Rechte der Abfassungszeit entsprochen haben, seinerseits zeitgemäss umwandlen müssen. Aber auch hier wird sich sagen lassen, dass dieses Irren begreiflicher ist als jenes. Begreiflich ist, dass der Kodifikator, der sich behufs der Verwendung der Institutionen für das Kodifikationswerk, statt direkt aus dem Original des Gaius eine Darstellung des geltenden Rechtes herauszuarbeiten, der Zwischenquelle bedient, versehentlich Veraltetes aus ihr in das Gesetzbuch herübernimmt: denn es mag für eine psychologische Thatsache gelten, dass, wer sich zur Lösung seiner Aufgabe eines Mediums bedient, leicht sklavisch von ihm abhängig wird. So lässt sich einräumen, dass das Vorhandensein von Anachronismen in unserer Schrift mit Bezug auf Römisches Recht eine Vermutung zu Gunsten der Ansicht liefern könnte, dass der Epitome eine ältere Bearbeitung zu Grunde liegt. Finden sich nun aber in der Gaiusbearbeitung Äusserungen, die diesen anachronistischen Charakter tragen? Diese Frage soll im Nachstehenden einer eingehenden Prüfung unterworfen werden.

2. Unsere Schrift führt unter den Obligationen, die ohne vorgängige Frage, bez. ohne Stipulation, kontrahiert werden können, den Sachverhalt auf, dass die Frau oder die Braut durch Dictio dem Manne eine Dos zusagen, was von ihnen mit Bezug auf bewegliche oder unbewegliche Sachen, ferner auch seitens des Vaters und auf Anweisung der Frau seitens des Schuldners der Frau geschehen könne: andere Personen dagegen müssen, um Verpflichtungen einzugehen, sich des gemeinen Rechts, das ist der Stipulation bedienen (2, 9, 3)[188]. Diese Angaben werden im Wesentlichen

[188]) Sunt et aliae obligationes, quae nulla praecedente interrogatione contrahi possunt, id est ut si mulier, sive sponso uxor futura (u. f., om Cod. Leg.), sive iam marito, dotem dicat. quod tam de mobilibus rebus, quam de fundis fieri potest. et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligatur, sed et pater eius et debitor ipsius mulieris, si pecuniam (istam p., Cod. Leg.), quam illi (iste, Cod. Leg.) debebat, sponso creditricis



dem nur teilweise erhaltenen Texte der Vorlage (3, 95[a]) entsprechen. Nun hat Theodosius II in einem Gesetze von Jahre 428 das Dotalversprechen für bindend erklärt, wie es heisst, welcher Worte auch immer der Promittent sich bedient haben mag, bez. auch ohne dass Dictio oder Stipulation bei dem Versprechen der Dos stattgefunden haben, und der Codex Theodosianus hat diese Konstitution aufgenomen (3, 13, 4)[189]. Wenn somit die Schrift die Stipulation als den regelmässigen Typus des Dotalversprechens bezeichnet und daneben, unter besonderen Bedingungen, die Dotis dictio anerkennt, steht sie auf einem zur Zeit der Kodifikation veralteten Standpunkte des Römischen Rechts. Ja mehr noch als dies: auch die Kodifikation, von der unsere Schrift einen Teil ausmacht, hat das genannte Gesetz (C. Th. 3, 13, 4). Somit entspricht, was hier die Schrift mit Bezug auf das Dotalversprechen berichtet, nicht nur nicht dem zur Zeit der Kodifikation aktuellen Status des Römischen Rechts, sondern widerspricht geradezu demjenigen, was in einem andern Teile des Kodifikationswerkes als Gesetz aufgenommen ist. Diese Thatsachen sind unanfechtbar und haben dann zu der Ansicht Anlass gegeben, dass der Text unserer Schrift, der diese Stelle überliefert, vor der Publikation jenes Gesetzes, also vor dem Jahre 428, abgefasst sei, wie er aber auch schon, um des Widerspruchs mit dem in die Kodifikation aufgenommenen Gesetz Theodosius II willen, eine andere Hand als die des Kodifikators verrate. Hierauf gründet sich die Annahme, dass jene ältere Bearbeitung der Institutionen, der dann unser Text zugeschrieben wird, nicht nach dem Jahre 428 abgefasst ist[190]. Indessen würde, worauf bereits hingewiesen ist (vgl. S. 69), doch nur dann ein Anachronismus angenommen werden können, wenn die Schrift hier Etwas vorgetragen hätte, was auch vom Standpunkte der Kodifikation als veraltet galt. Was aber vom Standpunkte der Kodifikation veraltet ist oder nicht, bestimmt sich nicht nach dem Legaltext, sondern nach der Interpretation. Bezeugt somit die Interpretation des Westgothischen Gesetzbuchs die fortdauernde Geltung des alten Rechts des Dotalversprechens, bez. der Dotis dictio, so schwindet damit der Anachronismus, wie aber auch die

ipse debitor in dotem dixerit. Hae tantum tres personae nulla interrogatione praecedente possunt dictione dotis legitime obligari. aliae vero personae, si pro muliere dotem vero promiserint, communi iure obligari debent, id est ut et interrogata respondeant et stipulata promittant.

[189]) Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotatium minime fuerit subsecuta.

[190]) Vgl. Fitting S. 335 u Hitzig S. 217.

Annahme einer Antinomie hinfällig wird. Und dieses ist wirklich der Fall. Denn wenn die Interpretation das Gesetz Theodosius II mit den Worten begleitet, dass die von der Frau gewährte Dos zu ihrer Giltigkeit der Stipulation und der Verba iuridica nicht bedürfe[191]), so bietet sich hierfür kaum ein anderes Verständnis als dies, dass die Frau auch ohne die rechtsförmliche Stipulation eine Dos versprechen könne[192]). Wie nun aber unsere Schrift mit der Entbindung der Frau von dem Zwange der Stipulation ihre Ausführungen über Dotis dictio und Dotalstipulation anhebt, so wird man dann auch in jener Interpretation nicht sowohl die Leugnung als die Anerkennung der Dotio dictio, die ferner auch noch in der Interpretation zu den Sentenzen begegnet[193]), bez. die Bestätigung der Stipulation für Dosbestellung von Seiten anderer Personen ausgesprochen finden können[194]). Hiermit ergiebt sich dann aber, dass unser Text für die genannten Schlussfolgerungen keinen Anhalt bietet.

3. Von der Unterscheidung der beiden Fälle der Adoption ist in unserer Schrift an zwei Stellen die Rede. Einmal bei der Erörterung über die Entstehung der väterlichen Gewalt in dem eigens der Adoption gewidmeten fünften Titel (1, 5, 1)[195]). Der Text geht

[191]) Ad inplendam vel exigendam dotem, hoc est, quae a muliere tempore nubtiarum viro datur, etiamsi desit stipulatio promittentis et verba iuridica, dos valere iubetur.

[192]) In dem Satzglied Etiamsi desit stipulatio promittentis et verba iuridica nehme ich die Worte Et verba iuridica für eine nähere Charakterisierung der Stipulation. Es geht nicht an, sie auf die Dotis dictio zu beziehen, als würden damit Stipulation und Dotis dictio für überflüssig erklärt: denn die durch den Legaltext durchaus nicht indizierte Beschränkung des Satzes auf die Konstituierung einer Dos seitens der Frau wäre dann unbegreiflich. Dass die Interpretatio nichts weiter sagt, als dass für das Dotalversprechen der Frau die Stipulationsform nicht erforderlich ist, nimmt auch Karlowa, Röm. Rechtsgesch. I. 982, an.

[193]) Nämlich P. 2, 22, 1 in den Worten Dos dicitur, quae a parte sponsarum viro datur.

[194]) Es fragt sich, wie die Interpretation dem Legaltext der Konstitution eine so durchaus abweichende Erklärung beifügen konnte. Ich nehme an, dass der Interpret ihn in dem Sinne versteht, dass man sich bei dem erforderlichen Versprechensakt der Dictio und der Stipulation nicht notwendig der Worte Dicere und Stipulari, sondern beliebiger sonstiger bezüglichen Worte bedienen könne. Die Interpretation, die dann auseinandersetzt, dass es für das Dotalversprechen der Frau der Stipulation nicht bedürfe, ist dann im Sinne des Interpreten keine eigentliche Erläuterung des Gesetzesinhalts, sondern giebt nur Aufklärung über das Verhältnis von Stipulation und Dictio, für welche sich das Gesetz mit minder strengen Solennitäten begnügen will.

[195]) Et ipsa adoptio duobus modis fit: una, quae arrogatio dicitur; alia, quae adoptio. Arrogatio est, quando aliquis patrem non habens adoptatur, et ipse se in potestatem adoptivi patris dat. Et ideo arrogatio dicitur: quia et ille, qui adoptat, interrogatur, utrum illum, quem adoptat, filium habere velit: et ille, qui adoptatur, interrogatur, utrum id fieri velit. Illa vero alia adoptio (adoptatio, Cod. Leg.) est, ubi quis patrem habens ab alio patre adoptatur: et ita ille, qui adoptatur, de certi patris potestate discedit, et in adoptivi patris incipit esse potestate.

auf die entsprechende Darstellung des Gaius (1, 98—100) [196]) zurück, ohne sich mit ihr zu decken. Ganz wie in der Vorlage heisst es dann hier, dass die Adoption auf zweierlei Weise geschieht und demnach entweder Arrogation oder Adoption ist. Die Arrogation wird als die Kindesannahme einer Person bezeichnet, die keinen Vater hat und sich selbst in die Gewalt des Adoptivvaters giebt, und ihr Name von der Befragung des Adoptivkindes und des Pater arrogator abgeleitet. Gaius dagegen bezeichnet die Arrogation, die Kindesannahme einer Persona sui iuris, als Adoption Populi auctoritate und leitet dann auch das Wort, ausser von der Befragung von Adoptivvater und Adoptivkind, wie das ja auch unsere Schrift thut, von der Rogatio populi her. Die Adoption im engeren Sinne wird in unserer Schrift als Kindesannahme mit Bezug auf eine Person, die einen Vater hat, bez. als Austritt aus der Gewalt des eigentlichen Vaters und Eintritt in die Gewalt des Adoptivvaters beschrieben, während Gaius sie, die Kindesannahme von Descendenten in der Gewalt, als Adoption, die Imperio magistratus erfolgt, bezeichnet: als Magistrat kommen der Praetor in Rom, die Praesides in den Provinzen in Betracht, während die Arrogation nur in Rom geschehen könne. Der zweite Text (2, 3, 3), in welchem der beiden Adoptionsweisen Erwähnung geschieht, findet sich in dem Titel von der Exheredation, zu welchem Gegenstande der in unserer Stelle erwähnte Sachverhalt insofern eine Beziehung besitzt, als auch hier ein giltig errichtetes Testament durch den Eintritt eines Heres suus hinfällig wird, wie es beim Eintritt eines im Testamente übergangenen Postumus suus der Fall ist. Es handelt sich nämlich um den Sachverhalt, dass der Erblasser nach der Testamentserrichtung ein Kind annimmt. Hier treten nun aber auch zur Bezeichnung der beiden Adoptionsweisen die Bezeichnungen der Adoption Apud populum und Apud praetorem auf; denn es heisst, übereinstimmend mit der Vorlage zu dem Texte (2, 138 u. 140), ja im Wesentlichen selbst mit den Worten des Gaius, dass die Adoption einer Person, die Sui iuris ist, Apud (per) populum und die Adoption einer Person in der Gewalt Apud (per) praetorem von Seiten des Erblassers, nach

[196]) Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate aut inperio magistratus velut praetoris. Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is, qui adoptat, rogatur, id est interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse; et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri iubeat. imperio magistratus adoptamus eos, qui in potestate parentium sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis. Et quidem illa adoptio, quae per populum fit, nusquam nisi Romae fit; at haec etiam in provinciis apud praesides earum fieri solet.



Errichtung des Testaments, seinen letzten Willen hinfällig macht [197]). Nun ist ja soviel sicher, dass nach dem zur Zeit der Kodifikation herrschenden Römischen Rechte weder die Arrogation Kindesannahme Apud populum, noch die Adoption im engeren Sinne Kindesannahme vor dem Praetor gewesen ist. Während aber in dem soeben erörterten Falle der Dotis dictio der Kodifikator das im Römischen Reiche bereits abgeschaffte Institut der Dotis dictio als aktuellen Geschäftstypus gelten lassen wollte, kann hiervon nicht die Rede sein, dass der Westgothische Gesetzgeber die Adoption Apud populum und Apud praetorem in seiner Gesetzgebung erhalten, ja neu einführen wollte. Ist also mit der Bezeichnung der Adoption als Adoption vor dem Populus, bez. vor dem Praetor, eine Charakterisierung in dem Sinne gelegen, dass nach dem geltendem Rechte das Geschäft vor diesen Instanzen vorgenommen wird, so scheint es wohl ansprechend, den in dieser Äusserung gelegenen Anachronismus damit zu erklären, dass der Kodifikator die anstössigen Worte gedankenlos aus einer Quelle, in welcher sie zeitgemäss waren, herübergenommen hat. Da nun aber die Charakterisierung auf Gaius zurückgeht, drängt sich schon die Frage auf, warum eine Gaiusbearbeitung, nicht Gaius selbst, die Quelle gewesen sein muss, aus der sie die Schrift entlehnt hat. Um so mehr, als man bei Annahme einer Zwischenquelle, eben jener älteren Bearbeitung, nur schwer den Sachverhalt vermeidet, dass schon diese Zwischenquelle einen Anachronismus enthielt: denn dass in der späteren Kaiserzeit, der jene Bearbeitung zugeschrieben wird, die Arrogation Apud populum praktisches Recht gewesen ist, kann nicht für wahrscheinlich gelten [198]). Wird aber wirklich, in Folge einer Nachlässigkeit des Autors, wenn von der Adoption Apud populum und Apud praetorem die Rede ist, ausgesagt, dass zur Zeit der Schrift die Adoption vor dem Populus und vor dem Praetor vollzogen werde [199])? Hiergegen kommt schon in Betracht dass sich bis jetzt Nichts ergeben hat, was auf einen flüchtigen Kodifikator weist. Entscheidend aber spricht gegen diese Annahme, dass die Art, in der in unserer Schrift des Sachverhalts, wenigstens mit Bezug auf die Arrogation, Erwähnung geschieht, die Annahme der versehent-

[197]) GV. lautet, wie folgt: si quis post factum testamentum adoptaverit apud populum illum, qui sui iuris est, hoc est qui patrem non habet, aut apud praetorem illum adoptaverit, qui in potestate patris est, quasi ei filius natus sit, ita eius rumpitur testamentum. Dagegen heisst es bei Gaius: si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium aut per populum eum qui sui iuris est, aut per praetorem eum, qui in potestate parentis fuerit, omni modo testamentum eius rumpitur quasi agnatione sui heredis.

[198]) Vgl. Hitzig S. 197 u. Krüger S. 314 Note 35.

[199]) Dies wird die allgemeine Meinung sein (vgl. Hitzig S. 197).

lichen Herübernahme — und wirklich nur ein Versehen, nicht Rechtsunkenntnis könnte, der Natur der Sache nach, die Herübernahme verschulden — aus einer Quelle ausschliesst: ist dann aber die Adoption Apud populum nicht lediglich in Folge Versehens herübergenommen, so muss doch das Gleiche von der Adoption Apud praetorem gelten. Es wird sich nämlich zeigen, dass der Schriftsteller seine Angabe, die Adoption einer Persona sui iuris geschehe vor dem Populus, selbst kommentiert, wozu er sich notwendig den Inhalt der kommentierten Worte deutlich machen musste. Sodann aber hat ja der Verfasser an anderer Stelle geradezu ein Anzeichen gegeben, dass er die Arrogation nicht als Adoption Apud populum, im Sinne des Aktes vor der Römischen Gemeinde, auffasst, sodass ihm, indem er sich hier des richtigen Sachverhalts bewusst geworden ist, nicht so leicht ein Versehen untergelaufen sein kann: denn, wie bemerkt wurde, hat die Schrift in der andern der beiden hier in Frage kommenden Stellen (1, 5, 1) aus der Ableitung des Wortes Arrogatio, wie sie Gaius giebt, gerade den Punkt gestrichen, dass die Arrogation eine Rogatio des Populus ist. Ja wenn dann jede der beiden Stellen (1, 5, 1 u. 2, 3, 3) für sich schon beweist, dass dem Autor die Zeichnung der Adoption als Adoption Apud populum und Apud praetorem nicht durch ein Versehen entschlüpft ist, so wird dieses Ergebnis um so sicherer, sobald sich zeigt, dass die Kommentierung zu der Erwähnung der Adoption Apud populum (2, 3, 3), auf die soeben hingewiesen ist, nichts weiteres enthält als eine Rückverweisung auf die andere frühere Stelle (1, 5, 1), wo jenes die Arrogation als wahres Geschäft Apud populum charakterisierende Moment einer Befragung des Populus nicht allein fehlt, sondern geradezu vom Autor ausgeschlossen wird. Es kommt nämlich in Betracht, dass sich die Schrift an jener zweiten, die in Frage kommende Charakterisierung liefernden Stelle (2, 3, 3) mit Bezug auf die Arrogation der folgenden Ausdrucksweise bedient: si quis post factum testamentum adoptaverit apud populum illum, qui sui iuris est, hoc est qui patrem non habet. Die ersten Worte Sie quis post factum testamentum adoptaverit apud populum illum qui sui iuris est sind im Wesentlichen die von Gaius an der entsprechenden Stelle gebrauchten (G. 2, 138 Si quis post factum testamentum adoptaverit per populum eum, qui sui iuris est), welche einschliessen, dass die Adoption der Persona sui iuris die Adoption Apud populum ist. Die folgenden durch Hoc est angereihten Worte Qui patrem non habet erhalten dann eine Kommentierung der vorangehenden: es sind aber die Worte, die die Schrift selbst an der ersten Stelle (1, 5, 1) zur Bezeichnung des Begriffs der Persona sui iuris, die sich adoptieren lässt (aliquis patrem non

habens), statt der Worte Qui sui iuris est der Vorlage (1, 99), gebraucht hat. Ihrem Inhalt nach stellen sie, indem sie von der Person, die der väterlichen Gewalt nicht unterworfen ist, aussagen, sie sei Jemand, der keinen Vater hat, nicht allein einen inkorrekten und missverständlichen Sprachgebrauch dar, sondern entfernen sich auch stark von dem Verständnis dessen, was sich Gaius selbst unter einer Person, die keinen Vater hat, vorstellt[200]): in unserer Schrift wird dann auch die Gleichstellung des Wortes Vater mit dem Träger der väterlichen Gewalt nicht durchgeführt[201]). Wenn dann die Worte Qui patrem non habet mit Hoc est dem vorangehenden Satzgliede Si quis adoptaverit apud populum illum qui sui iuris est angefügt werden, so kann damit keine Erläuterung des Satzgliedes Qui sui iuris est beabsichtigt sein: es hiesse dies, einen unzweideutigen, in der Schrift weithin ohne jeden Kommentar gebrauchten, ja ausführlich entwickelten Ausdruck[202]), wie es derjenige einer Persona sui iuris ist, erläutern wollen mit einem missverständlichen und in der Schrift nicht festgehaltenen Sprachgebrauch. Es kann damit vielmehr nichts anders beabsichtigt sein, als darauf hinzuweisen, dass die Adoption der Persona sui iuris, welche Adoption Apud populum ist, eben jene Adoption ist, die die Schrift als Adoption einer Person, die keinen Vater hat, bezeichnet. Indem somit die Schrift mit dem Zusatz Hoc est qui patrem non habet geradezu auf den früheren Text Bezug nimmt, sodass die Worte die Natur einer Rückverweisung haben, spricht sich der Autor dahin aus, dass die von ihm als Adoption Apud populum bezeichnete Kindesannahme gar nichts anders ist, als jenes an früherer Stelle erwähnte Geschäft, das durch Ausschluss des Moments der Rogatio populi für kein wirklich Apud populum vorzunehmendes Geschäft zu gelten hat. Wenn nun, wie nachgewiesen worden ist, der Schriftsteller bewusst sich zur Unterscheidung der Adoptionsweisen der Bezeichnungen Apud populum und Apud praetorem bedient hat, obschon sie zu seiner Zeit ihre Bedeutung als aktuelle Charakterisierung des Geschäfts verloren hatten, wie hat

[200]) Nämlich das uneheliche Kind (G. 1, 64). Hierfür sagt dann unsere Schrift (1, 4, 8): patrem vero nullatenus habere censentur.

[201]) Der Sprachgebrauch begegnet noch einmal mit Bezug auf die Arrogation (2, 2 pr. is, quem adoptaverimus, si sine patre est, cum omnibus bonis ad nos transit). Dass er nicht durchgeführt ist, zeigt besonders die Erörterung über die Aufhebung der väterlichen Gewalt (1, 6, 1 sqq.), indem hier nirgends von einem Wegfall des Vaters die Rede ist.

[202]) 1, 3 pr.: aliquae personae sui iuris sunt, aliquae alieno iuri subiectae sunt. Itaque cum ostenditur quae personae alieno iuri subiectae sint, tunc evidenter agnoscitur quae sui iuris sint.

man dann zu erklären, dass er diese Ausdrücke gebraucht? Ich glaube: aus dem Umstande, dass sich die Schule zur Zeit der Abfassung der Kodifikation dieser Ausdrücke als Termini zur Unterscheidung der Kindesannahme der Persona sui iuris und der Person in väterlicher Gewalt bedient haben wird; sie mussten ja aus den Werken der klassischen Litteratur, insbesondere aus Gaius, bekannt sein und waren zur terminologischen Verwendung wohlgeeignet[203]). So knüpft die Schrift an den Schulgebrauch an, wenn sie die Ausdrücke nicht unerwähnt lässt. Sie zu vermeiden, erschien, so nehme ich an, um so weniger nötig, als es ausgeschlossen war, vom Leser missverstanden zu werden, als habe die Schrift, wenn auch nur versehentlich, mit der Adoption Apud populum und der Adoption Apud praetorem sagen wollen, man müsse, um ein Kind anzunehmen, bei dem Populus oder bei dem Praetor sich einstellen. Und sie zu gebrauchen, erschien, selbst abgesehen von ihrer terminologischen Verwertbarkeit, auch um deswillen nicht unangebracht, weil die Bezeichnung Adoption Apud populum in einem übertragenen Sinne auch für den Sachverhalt des modernen Arrogationsakts sich eignete: denn der Arrogationsakt wird vor der Kurie vollzogen, die doch für eine Vertreterin des Populus gelten kann[204]).

---

[203]) Ihre Verwendung hatte vor dem Gebrauch der Ausdrücke Arrogation und Adoption den Vorzug, dass sie sich auch in der Form als Glieder einer Einteilung kennzeichneten und, anders als der Ausdruck Adoption, unzweideutig waren.

[204]) Mindestens geschieht nach dem Rechte des Breviars die Adoption vor der Kurie. Denn es wird in der Interpretation zu C. Th. 5, 1, 2 dem Wort Adoptivus (adoptivum) die folgende Erläuterung beigefügt: id est gestis ante curiam adfiliatum. Wenn dann unsere Schrift selbst, in der Lehre von der Ehe, bei Erörterung des Ehehindernisses zwischen Ascendenten und Descendenten, wozu auch die Adoptivkinder gehören, dem Worte Adoptivus (adoptivis) ein Adfiliatus (adfiliatis) beigefügt hat (1, 4, 1), so dürfte der Verfasser hiermit beabsichtigt haben, die Verbindung mit der genannten Interpretation herzustellen, sodass die Beifügung, weil anlässlich jener, wie ich annehme, von dem Kodifikator herrührenden Interpretation, erst im Laufe der Gesetzgebungsarbeit veranstaltet worden sein wird. (vgl. S. 51) Da die Interpretation, ohne Unterschied von Arrogation und Adoption, die Kindesannahme als ein vor der Kurie vollzogenes Geschäft bezeichnet, wird auch die Adoption zur Zeit und nach dem Rechte der Kodifikation vor der Kurie geschehen sein; dass sie sich, wie die des klassischen Rechts, mittels Scheinkaufs vollzogen hat, glaube ich nicht, indem die Schrift das auch von Gaius im Anschluss an die Emanzipation überlieferte Procedere (1, 134) unberücksichtigt lässt, und die von ihr in der Lehre von der Emanzipation vertretene Auffassung (vgl. Note 48), wonach schon der Scheinkauf (emancipatio) das Kind zur Persona sui iuris macht, für eine Verwendung des Geschäfts zwecks Uebertragung der väterlichen Gewalt keinen Raum lässt. (Hingegen nimmt Hitzig, S. 197, an, dass sich das Geschäft als Manzipation und Iniurecession erhalten hat.) Kaum zu einem andern Resultat bezüglich der kompetenten Amtsstelle nach dem Rechte der Kodifikation führen Worte der Interpretation (P. 1, 7, 2 Int.), wonach die Iudices civitatum eintreten, wo ehedem die Praetoren kompetent waren (Hoc enim, quod per praetorem antea fiebat, modo per iudices civitatum agendum est): unter den Iudices civitatum liessen sich die Kurialen verstehen.

Es ist dann freilich, da die Kurie nicht mehr, wie ehedem die Komitien, als das für die Rechtswirkung entscheidende legislative Organ, sondern lediglich als Civilstandsbehörde, vor der der zu Adoptierende seinen Willen zu den Akten erklärt (1, 5, 1 ipse se in potestatem adoptivi patris dat), in Betracht kommt, nicht mehr eine Adoptio per populum, sondern Apud populum [205]).

4. Wir sahen, dass die Schrift von den drei Freilassungsweisen des Gaius, die den besten Freigelassenenstatus, die Römische Civität, gewähren, Manumissio vindicta censu testamento, die erste durch eine Manumissio ante consulem ersetzt (vgl. S. 36) [206]). Die Bezeichnung ist nun aber für das vor der Obrigkeit in der freilich verblassten Gestalt des Legisaktionenverfahrens vollzogene Freilassungsgeschäft vom Standpunkte der Westgothischen Kodifikation sehr befremdend. Das Befremdende liegt natürlich darin, dass es im Westgothenrecht keinen Magistrat gab, der Consul war und hiess, welcher mit der Freilassung hätte betraut sein können: es werden ja auch im Breviar als die zur Freilassung mittels Legisaktion kompetenten Obrigkeiten nicht Konsuln, sondern Munizipalmagistrate genannt (P. 2, 26, 4) [207]), ausserdem aber noch Iudices im allgemeinen, bez. der Kaiser, namhaft gemacht (C. Th. 4, 9, 1) [208]). Hier liegt

---

[205]) Gaius sagt gewöhnlich Per populum (1, 100; 105; 107. 2, 138), einmal auch Apud populum (1, 102). Die Schrift lässt auch, was nach Gaius (1, 101) unzulässig ist, Frauen zur Arrogation zu (1, 5, 2). In der That hatte ja mit dem veränderten Charakter des „Populus" und der veränderten Art seines Funktionierens der Ausschluss allen Grund verloren. Fungierte die Kurie auch bei der Adoption, so hatte ja schon Gaius die Adoption der Frauen Apud praetorem für zulässig erklärt (G. 1, 101). Des Ausschlusses des Impubes von der Arrogation (G. 1, 102) ist aus gleichem Grunde nicht gedacht.

[206]) Die drei Modi der Iusta ac legitima manumissio erscheinen bei Gaius (1, 17; 35; 44; 138) in der Reihenfolge des Textes. In unserer Schrift steht an der Spitze die Manumissio testamento, und folgen zuerst Mannumission in der Kirche, hernach Ante consulem (1, 1, 1 u. 4. 1, 2, 1). Dass der Verfasser unserer Schrift die Mannumissio in ecclesia vor die Freilassung Ante consulem setzt, kann bei dem Christentum des Autors nicht auffallen. Man darf darum diesen Umstand nicht zur Stütze der Annahme benutzen, dass nach der Auffassung des Verfassers die Freilassung Vindicta durch die Manumissio in ecclesia in den Hintergrund gedrängt worden ist. Die Manumissie testamento mag an die Spitze gesetzt sein, weil die Schrift mit Bezug auf sie am meisten berichtet, indem ein ganzer Titel (1, 2 De numero servorum testamento manumittendorum) ihr gewidmet ist.

[207]) Apud magistratus municipales, si habeant legis actionem, manumitti potest.

[208]) Si non a dominis libertas detur mancipio alieno, si quidem ab his iudicibus impetrabitur, quibus dandi ius est, sine ulla trepidatione poenae facilis dissolutio est. Si vero iubentibus nobis quicquam lege actum esse doceatur.. Die Interpretation geht auf den ersten Sachverhalt nicht ein, setzt dagegen der Freilassung vor dem Kaiser die Manumissio in ecclesia gleich. Der Grund, weshalb die Interpretation von dem ersten Sachverhalte Nichts berichtet, ist in dem Gesetze bezeichnet: facilis dissolutio est. Dass die Freilassung vor den Iudices bedeutungslos war, ist hierin nicht gelegen.

dann wiederum der Versuch nahe, den Sachverhalt der Bezeichnung der Manumissio ante consulem aus dem Umstande herzuleiten, dass der Ausdruck gedankenlos aus der von den Redaktoren benutzten Vorlage in das Kodifikationswerk übergegangen ist. Diese Vorlage kann nun aber, anders als in dem zuvor erwähnten Falle von der Adoption Apud populum und Apud praetorem, nicht selbst Gaius gewesen sein: denn die Institutionen gebrauchen nicht allein lediglich die Bezeichung Manumissio vindicta für die magistratische Freilassung (1, 17; 18; 35; 38; 44; 138), sondern nennen auch als den Magistrat, vor dem sie geschieht, den Praetor oder Prokonsul (1, 20), nicht den Konsul. Somit müsste das Ante consulem der nachlässige Redaktor wirklich aus einer Zwischenquelle herüber genommen haben. Indessen um nicht noch einmal auf das Bedenken zurückzukommen, das im allgemeinen gegen die Annahme einer Gedankenlosigkeit des Autors gerichtet ist, so scheint mir, den Umständen nach, diese Annahme noch aus einem besonderen Grunde sich zu verbieten. Nicht einmal, sondern dreimal sagt der Autor, dass es eine Manumissio ante consulem gebe (vgl. Note 206). Nicht von Gedankenlosigkeit liesse sich da noch sprechen: der Westgothische Bearbeiter müsste geradezu eine Suggestion erfahren haben, unter deren Einfluss er den Konsul überall, wo er ihm in seiner Vorlage begegnete, in sein Manuskript aufnimmt. Aber auch an eine absichtliche Herübernahme von Seiten des Kodifikators ist schwer zu denken: weder lässt sich annehmen, dass die Bezeichnung Manumissio ante consulem für die Manumissio vindicta, etwa Stadtrömischer, Schulausdruck geworden war, da sie ja der klassischen Jurisprudenz fremd geblieben und nirgends sonst zu finden ist, noch kann die Kodifikation der Bezeichnung eine von ihrem Standpunkt aktuelle Bedeutung untergelegt haben [209]). Aber konnte schliesslich auch jene Gaiusbearbeitung der späteren Kaiserzeit, aus der unsere Schrift, bewusst oder versehentlich, geschöpft haben soll, dem Kodifikator die Manumissio ante consulem, statt der

---

[209]) Nach der überwiegenden Annahme (vgl. Krüger S. 313 Note 33 u. Hitzig S. 193 u. 194), wie man wird sagen dürfen, liegt eine Nachlässigkeit des Redaktors vor. Fitting, S. 329 u. Note 4, der richtig erkennt, dass um der wiederholten Verwendung des Ausdrucks willen die Erklärung mit purer Gedankenlosigkeit des Kodifikators versagt, meint, dass im Sinne der Kodifikation unter dem Konsul der König zu verstehen ist. Indessen würde dann doch die Setzung der Manumissio ante consulem an letzter Stelle (vgl. Note 206) befremdlich sein. In der doch offenbar vollzähligen Aufführung der Freilassungsweisen, die Römische Civität gewähren, würde der dem Breviar wohlbekannte Fall der magistratischen Manumissio, die keine Mannmissio vor dem König ist, gefehlt haben. Und sehr auffallend, aus verschiedenen Gründen, wäre es doch, wenn Alarich den Benutzern des Gesetzbuchs zugemutet hätte, unter dem Konsul den Westgothischen Rex zu verstehen.

Manumissio vindicta, liefern? Der Konsul war ja doch zunächst nur der für Freilassungen in den Reichshauptstädten kompetente Magistrat: aber auch hier konkurrierte mit ihm der Praetor (C. Th. 6, 4, 16)[210]), und noch bei Justinian wird dieser an erster Stelle, neben den in den Provinzen zuständigen Magistraten, genannt (I. 1, 5, 2)[211]). Somit müsste man es befremdlich finden, — selbst wenn man annehmen wollte, sie sei in Rom entstanden — dass jene ältere Bearbeitung Manumissio ante consulem schlechthin für die Manumissio vindicta gesetzt hätte[212]). Hiernach scheint die Verwendung des Ausdrucks Manumissio ante consulem schliesslich jeder Erklärung zu spotten. Viel eher als Manumissio ante consulem würde sich in unserer Schrift das handschriftlich sehr nahestehende Manumissio ante consilium begreifen lassen: denn unter Consilium konnte man leicht die beratende Behörde, bez. die Obrigkeit schlechthin verstehen, sodass die Bezeichnung Manumissio vindicta durch die Wendung der magistratischen, behördlichen Freilassung ersetzt wäre, was ja in der That die, mit dem Verfall der alten Solennität, je länger um so mehr wesentliche Seite dieses Freilassungsmodus treffend zum Ausdruck gebracht hätte. Mit dieser Lesung würde sich dann aber auch erklären, dass die Schrift bei Wiedergabe des Satzes der Institutionen, die Manumissio des Minor viginti annorum könne nicht anders als Vindicta apud consilium iusta causa manumissionis adprobata (1, 38) geschehen[213]), des Umstands einer Verhandlung Apud (ante) consilium im Sinne des Gaius, als eines zu der Manumissio vindicta hinzutretenden Momentes,

[210]) Cum aput eum quoque adipisci debeat patronorum iudicio sedula servitus libertatem, ed. Mommsen. Das Gesetz ist vom Jahre 359.

[211]) Zweifelhaft ist die Reihenfolge in Ulpiani Fragmenta 1, 7. Vor dem Praetor wird der Konsul genannt bei Konstantin (C. I. 7, 1, 4).

[212]) Hitzig, S. 193, erklärt es sich damit, dass die Manumissio vindicta, die durch die Freilassung in der Kirche in den Schatten gestellt worden sei, nur noch als Freilassung vor dem Konsul ihr Leben fristete. Indessen lässt sich das Zurücktreten der Manumissio vindicta vor der Manumissio in ecclesia, für den Westen des Römischen Reichs, nicht beweisen (vgl. Note 206 u. 208). Dass aber die Manumissio vindicta nicht bloss als Freilassung vor dem Konsul vorkam, zeigt für die Mitte des 4. Jahrhunderts und für die Zeit der Kodifikation des Codex Theodosianus, in den das Gesetz aufgenommen wurde, die im Texte genannte Konstitution (6, 4, 16), für das Zeitalter der Westgotischen Kodifikation das Breviar mit mehreren Bezugnahmen auf die Freilassung Vindicta (vgl. die Texte bei Conrat [Cohn], S. 66), wobei es sich nicht um Freilassung vor dem Konsul handelt.

[213]) Item eadem lege minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium iusta causa manumissionis adprobata fuerit. Die entscheidenden Worte kehren dann G. 1, 18 mit Bezug auf die Freilassung eines Minor triginta annorum wieder (nam ea lex minores XXX annorum servos non aliter voluit manumissos cives Romanos fieri, quam si vindicta, apud consilium iusta causa manumissionis adprobata, liberati fuerint).

nicht Erwähnung thut, sondern sich damit begnügt auszusagen, dass der Minor vor dem Magistrat unter Nachweis einer Iusta causa manumissionis freilassen könne (1, 1, 7)[214]): denn wenn dem Kodifikator Manumissio apud consilium nichts anders als die behördliche Freilassung bedeutet, mussten ihm in dem Satzgliede des Gaius Vindicta apud consilium iusta causa manumissionis adprobata die Worte Vindicta einerseits und Apud consilium andererseits als identisch, bez. die Worte Apud consilium als blosse Erläuterung, Glossierung des Wortes Vindicta erscheinen. Man wird aber auch sagen müssen, das Verständnis, dass Manumissio vindicta und Manumissio apud consilium nur verschiedene Ausdrücke für den gleichen Freilassungsmodus seien, liege angesichts der genannten Formulierung bei Gaius nahe genug, zumal wenn man erwägt, dass nach dem Rechte der späteren Kaiserzeit das Consilium, vor dem Justae causae probatio stattfand, nicht mehr ein von dem Magistrat verschiedener Körper, wie zur Zeit des Gaius (1, 20), sondern der bei dem Freilassungsgeschäft fungierende Magistrat selbst gewesen ist [215]), sodass hier die Freilassung Vindicta in der That zugleich Freilassung

---

[214]) Praeterea minor quicumque viginti annorum dominus libertatem servo dare non potest; nisi forte tantum minor manumissor, cui pater suus et mater a patrono donati sunt, eosdem manumittat, aut certe paedagogum aut collactaneum manumittat. nam quamlibet dominus, id est quattuordecim annos egressus, testamentum facere possit et heredem instituere et legata relinquere, libertatem tamen servis non potest in hac aetate conferre. Dass die Schrift bei den Worten des ersten Satzes, nur der Minor könne unter Iustae causae probatio freilassen, eine vor der Obrigkeit vollzogene Freilassung im Auge hat, ist nicht ausdrücklich gesagt. Indessen ist ja in den sich anschliessenden Worten, wie auch Gaius, die Vorlage (1, 40), bestätigt, ausgeführt, dass der Minor testamentarisch überhaupt nicht freilassen kann. Die Freilassung in der Kirche brauchte aber der Autor darum nicht in Rechnung zu ziehen, weil hier von einer Gelegenheit zur Probatio der Iusta causa und von der Abhängigmachung der Vornahme des Geschäfts von jener Probatio überhaupt nicht die Rede sein konnte: denn die Priester, in deren Gegenwart die Handlung vorgenommen wird, haben keine magistratische Funktion. Ausdrücklich ist übrigens nur davon die Rede, dass der Minor die Freiheit bei Vorhandensein, nicht erst bei Nachweis, der Iusta causa manumissionis gewähren könne. Das heisst indessen, wie man annehmen kann, nicht, dass die Iusta causa Bedingung der Giltigkeit der vollzogenen Manumissio vindicta, sondern dass sie Bedingung der Vollziehung des Geschäfts vor dem Magistrat ist, worin eingeschlossen liegt, dass der Partei vor dem Magistrat der Nachweis der Iusta causa obliegt.

[215]) Es ist dies bei Justinian der Fall. Dass der Minor nicht anders als Vindicta apud consilium iusta causa manumissionis adprobata freilassen kann, heisst es auch hier, im Wesentlichen mit Gaius (1, 38) in wörtlicher Uebereinstimmung (I. 1, 6, 4). Dagegen fehlt bei Justinian, was Gaius über die Zusammensetzung des Consilium sagt. Theophilus, ad h. l., spricht von der Justa causa apud magistratum in consilio adprobata (ἐπὶ εὐλόγου αἰτίας ἐπὶ ἄρχοντος ἐν consiliῳ δοκιμαζομένης [ed. Ferrini]) und berichtet von dem Consilium als einem besonderen Körper nur historisch. Man kann es als sicher betrachten, dass nicht erst Justinian dem Consilium alten Stils ein Ende gemacht hat.

vor dem Consilium war und auch so genannt worden ist [216]). Ja dieses Verständnis der Worte, in dem mit Gaius übereinstimmenden Texte der Institutionen Justinians (1, 6, 4), ist auch nachweisbar: so wird in der Epitome Exactis regibus auf Grund des Institutionentextes von der Freilassung Vindicta ausgesagt, dass dieser Name für den Modus der Freilassung Apud consilium in Gebrauch ist (iste modus manumittendi, apud consilium scilicet, dicitur vindicta) [217]). Hiernach kann ich es doch nicht für unwahrscheinlich halten, dass der Redaktor des Textes statt eines Ante consulem ein Ante consilium gesetzt hat und das Ante consulem gegen seinen Sinn in die Kodifikation eingedrungen ist [218]). Sei es nun, dass bereits der Archetyp, in Folge eines Schreiberversehens, statt Ante consilium, ein Ante consulem gelesen hat, sei es dass dem Archetyp noch die richtige Lesart eigen war, die indessen in den Handschriften verloren gegangen ist [219]).

5. Hiermit werden, wie mir scheint [220]), aus unserer Schrift die Texte aufgeführt sein, die durch den Umstand, dass sie vom Standpunkte der Kodifikation den Eindruck von Anachronismen machen, bei der in diesem Abschnitte vorgenommenen Untersuchung der für die herrschende Meinung in Betracht kommenden Momente eine nähere Besprechung verdienen [221]). Es sind damit aber, wie ich

---

[216]) Theophilus, ad I. 1, 6, 5, gebraucht den Ausdruck: ἠλευθέρωσε τούτους ἐν consilίῳ (eos in consilio manumisit).

[217]) 2, 15 (Ed. Conrat [Cohn]).

[218]) Sonstige Stellen, in denen der Probatio einer Iusta causa apud consilium Erwähnung geschieht, enthalten Nichts, was die Annahme ausschliesst, dass der Verfasser das Apud consilium nicht in dem Sinne des Textes verstehen konnte (1, 18—20; 41).

[219]) Das Erste ist mir das Wahrscheinlichere. Dass bereits der Archetyp des Breviars nicht fehlerlos war, zeigt Mommsen, p. CXXIV u. CXXV.

[220]) Hitzig, S. 217, neigt zu der Annahme, dass auch die Darstellung des Intestaterbrechts in der Epitome (2, 8) obsoletes Recht wiedergebe. Die Schrift betone nämlich, dass nur den Kindern der Söhne, nicht den Kindern der Töchter Intestaterbrecht in den Nachlass zukomme (pr. 2), während eine Konstitution vom Jahre 389 (C. Th. 5, 1, 4) es auch diesen eingeräumt habe. Hieraus folgert dann Hitzig, dass die Stelle, bez. die Gaiusbearbeitung, der sie angehöre, nicht nach dem Jahre 389 abgefasst sein könne. Wäre diese Annahme richtig, so läge wiederum nicht allein ein Anachronismus, sondern auch eine Antinomie vor, da das Gesetz vom Jahre 389 ins Breviar aufgenommen ist (a. a. O.). Indessen kommt doch in Betracht, dass die Schrift, entsprechend ihrer Vorlage, nur das Erbrecht der Heredes sui entwickeln will und ein Erbrecht, nach welchem die Descendenten zweiten Grades ihren nach der Erbfolge In capita und In stirpem sich bestimmenden Kindeserbteil empfangen, während die Tochterkinder keine Sui waren und jenes volle Kindeserbrecht nicht erhielten.

[221]) Es fragt sich, ob zu diesen Texten auch noch der folgende gehört (2, 1, 7): acquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed et per eos, qui in potestate nostra sunt, sicut filii vel servi; quia quicquid his a qualibet persona donatum vel venditum fuerit, aut heredes fuerint instituti, id patribus et dominis sine aliqua dubitatione con-

glaube, nunmehr alle Momente, die sich für diese Ansicht angeben lassen, aufgeführt [222]) und geprüft. Und da sie bei dieser Prüfung nicht Stich gehalten haben, darf unsere Schrift für ein Originalprodukt, für ein direkt aus den Institutionen des Gaius schöpfendes Werk gelten.

---

quiritur: praeter eos filios, quibus per leges ut castrense peculium habere permissum est. Gaius (2, 87) sagt an der entsprechenden Stelle, dass die Kinder in der Gewalt und die Sklaven, was sie durch Manzipation oder Tradition erhalten, sich stipulieren lassen oder sonst irgendwie, bez. durch Erbeinsetzung, erwerben, dem Gewalthaber einbringen. Die Erwähnung einer Ausnahme gehört daher ausschiesslich unserer Schrift an. Bei dieser Ausnahme ist jedenfalls vom Peculium castrense die Rede: des Weiteren aber ist wegen der Unsicherheit der Lesart, per leges ut castrense peculium — per leges aut c. p. — per leges c. p., nicht mit Sicherheit zu bestimmen, was die Schrift im Sinne hat. Schon aus diesem Grunde lässt sich der Text zu Schlussfolgerungen in der in Frage kommenden Richtung nicht verwenden. Die an letzter Stelle genannte Fassung Per leges castrense peculium, die sich wohl am besten liest, würde sagen, dass die Einräumung des Peculium castrense an das Hauskind auf Leges beruht, was im technischen Sinne des Wortes Lex nicht zutrifft. Bei der Lesart Per leges aut castrense peculium, die indessen sprachlich anstössig ist, könnte man meinen, dass unter den Leges die Gesetze zu verstehen sind, die auf Peculium quasi castrense aber auch Bona adventicia Bezug haben, im Besonderen die Gesetze, welche das Breviar aufgenommen hat (vgl. Conrat [Cohn] S. 332—341). Die Lesart Per leges ut castrense peculium schliesslich könnte füglich, da man nicht annehmen kann, dass lediglich an das Peculium quasi castrense gedacht ist, Peculium castrense und quasi castrense einschliessen. Ich neige zu der Annahme, dass die Schrift nur vom Peculium castrense reden wollte und den Zusatz um deswillen beigefügt hat, weil die Kodifikation im Uebrigen lediglich von dem Schicksal des Peculium castrense nach dem Tode des Hauskindes spricht (P. 3, 4, 3). Vom Peculium quasi castrense galt dann naturgemäss das Gleiche, wie vom Peculium castrense. Die Erwähnung der Bona adventicia ist unterblieben, weil ihre besondere Natur eine völlige Preisgebung des Gaianischen Textes erfordert haben würde.

[222]) Krüger, S. 313 Note 33, erinnert daran, dass sich den Verweisungen und Berufungen, wie sie in der Ueberlieferung des Breviars im allgemeinen vorkommen, Entsprechendes auch mit Bezug auf die Epitome Gai in Handschriften findet. Er erblickt dann in alledem Reste, die älteren Produkten angehören und nur versehentlich in die Kodifikation herübergenommen worden sind. Mommsen, p. XXXV, sieht vielmehr in Bemerkungen dieser Art Notizen, die die Redaktoren während des Kodifikationswerks und behufs weiterer Berücksichtigung bei der Arbeit gemacht, aber bei der Schlussredaktion versehentlich stehen gelassen haben. Dass speziell die Bemerkungen zur Epitome Gai weder das eine noch andere, sondern alte Glosseme sind, halte ich nicht für ausgeschlossen. Sie lauten, wie folgt: 2, 6 pr. Hic de Pauli sententiis addendum. 2, 9, 4 exponendum hic, quid sit donum.

DRITTER ABSCHNITT.

Die eigene Ansicht über die Entstehung der Schrift: sie ist Produkt des Westgothischen Gesetzgebers.

§ 12. *Entwicklung der eigenen Ansicht im allgemeinen.*

1. Die vorstehende Untersuchung hat das Ergebnis gehabt, dass die Bearbeitung der Institutionen des Gaius, die als ein Teil der Westgothischen Kodifikation überliefert ist, für ein Originalprodukt, für ein direkt aus den Institutionen schöpfendes Werk zu gelten hat. Ist damit aber nunmehr schon der Nachweis erbracht, dass uns in dieser Originalbearbeitung des Gaius, als welche sich die Schrift ergeben hat, ein Werk aus der Hand des Kodifikators vorliegt? In der That geht ja die herrschende Meinung von der Annahme aus, dass die Epitome in der Gestalt, in der sie auf uns gekommen ist, eine Arbeit aus der Hand des Westgothischen Kodifikators ist, sodass dieser sich nicht lediglich mit ihrer Aufnahme in die Kodifikation begnügt hat, wie es, was den Grundtext anlangt, bei den übrigen Teilen des Breviars der Fall war [223]). Immerhin ist in unsern Erörterungen bisher ein Beweis für diese Meinung nicht erbracht worden. Diese Ausführungen haben wohl ergeben, dass unsere Bearbeitung Nichts enthält, was mit den übrigen Teilen des Breviars im Widerspruch steht, oder was sich im Verhältnis zu dem zur Zeit der Kodifikation bestehenden Status des Römischen Rechts als veraltet darstellt. Indessen ein gewissenhafter und geschickter Kodifikator durfte auch eine bereits vorhandene Bearbeitung nur dann aufnehmen, wenn sie die bezeichneten Eigenschaften besass. Die Möglichkeit somit, das der Westgothische Gesetzgeber, dem

---

[223]) Nach der Meinung von Hitzig, S. 215 u. 216, der der Ansicht ist, dass der Kodifikator sich bei Zurichtung der älteren Bearbeitung auf Streichungen beschränkt hat, ist dann hier seine Thätigkeit keine andere gewesen, als bei den übrigen Teilen des Breviars.



diese Eigenschaften abzusprechen die bisher erzielten Resultate nicht das Recht geben, mit unserer Schrift lediglich ein älteres Produkt seiner Kodifikation einverleibt hat, kann nicht für ausgeschlossen gelten[224]). Die Prüfung der Ueberlieferung über den Kodifikationsprozess und des Inhalts der Schrift vorbehalten, wird sich aber auch sagen lassen, dass es an einem Grunde fehlt, der diese Eventualität ausschliesst. Im Besonderen lässt sich nicht sagen, dass es eine Schrift der Art, wie es die Bearbeitung des Gaius ist, vor der Kodifikation und ausserhalb der Kodifikation nicht gegeben haben kann. Diese Annahme würde ebenso sehr über das Ziel hinausschiessen, wie die entgegengesetzte, dass es Schriften der Art gegeben haben muss[225]). Die Entscheidung der Frage, ob der Kodifikator die Bearbeitung der Institutionen selbst verfasst oder vielmehr vorgefunden und sich lediglich angeeignet hat, kann dann nicht anders als durch Prüfung der Ueberlieferung über die Kodifikationsthätigkeit beim Breviar und Prüfung des Inhalts der Schrift geschehen. Diese bildet den Gegenstand der hier folgenden Untersuchung.

2. Sehr bald zeigt sich dann, dass dasjenige, was über die Gesetzgebungsarbeit überliefert ist, auf unsere Frage keine Antwort erteilt. Die Praescriptio, die in einigen Handschriften des Breviars dem Commonitorium vorausgeht, bezeichnet als Inhalt des Corpus die Leges sive species iuris de Theodosiano vel de diversis libris electae, womit im Wesentlichen auch die Subscriptio Aniani übereinstimmt (Codex [codicem] de Theodosiani legibus atque species iuris vel diversis libris electus [electum]), und fügt hinzu Vel, sicut praeceptum est, explanatae[226]). Das Commonitorium bezeichnet als

[224]) Die Annahme, dass es sich so verhält, findet sich dann auch in der Litteratur mehrfach; doch kommt bei deren Wertung in Betracht, dass diese Schriftsteller sie nicht als Ergebnis einer darauf gerichteten Untersuchung bezeichnen. Ich nenne die folgenden Äusserungen. Gaius ed., a. d. Note 3 a. O.: epitomem, a. 506 in legem Romanam Visigothorum insertam, cum non a Visigothis, sed a Romanis saeculo IV vel V redacta esse videatur. Kipp, Geschichte der Quellen des Röm. Rechts [2], S. 135: Gaius ist aufgenommen in einer verkürzten Bearbeitung, welche wahrscheinlich im 4. oder 5. Jahrhundert für Schulzwecke hergestellt war. Girard, Manuel élém. de droit Romain [3], p. 75. Costa, Corso di storia del dir. Rom., I. 114.

[225]) Es ist in der That behauptet worden, und zwar mit der Modalität, dass es Gaiuskommentare, wie angeblich den unsrigen (vgl. Note 15), in zwei Büchern gegeben haben muss. Dafür hat man sich auf den Umstand berufen, dass nach der Constitutio Omnem § 1 im Rechtsunterrichte, vor der Justinianischen Reform, die Institutionen in einer auf zwei Bücher reduzierten Gestalt benutzt worden sind. Hiervon spricht indessen der genannte Text gewiss nicht (vgl. Krüger S. 349 u. Note 21). Aber wäre es selbst wahr, wie weit ist dann immer noch zu dem Satze, dass eine Bearbeitung des Gaius in zwei Büchern vorhanden gewesen ist.

[226]) Mommsen p. XXXII u. XXXV.

die Aufgabe, die sich, unter Zuziehung von Sacerdotes und Nobiles viri, der Gesetzgeber gestellt habe, jedes Dunkel der Römischen Leges und des alten Ius wiedererglänzen und keiner Zweideutigkeit Raum zu lassen, und fügt hinzu, dass, nachdem Alles an das Tageslicht gebracht und durch die Auswahl der Prudentes in ein Buch gesammelt worden ist, das Exzerpierte, bez. in deutlicher Erläuterung Abgefasste, die Billigung jener Bischöfe und Vertreter der Provinzialen erhalten habe [227]). Damit ist unsere Schrift, man mag in ihr ein älteres Werk oder ein Kodifikationsprodukt erblicken, unter keinen Umständen ausdrücklich gezeichnet. Nimmt man sie für ersteres, so könnte sie schliesslich für ein Werk des Ius antiquum, für eines jener Libri diversi des Ius gelten. Aber ganz abgesehen davon, dass die Schrift sich nicht als Exzerpt eines älteren Werkes erweist, würde dann in dem Gesetzbuche die den Redaktoren aufgetragene und von ihnen ausgeführte Explanatio fehlen. Sieht man in der Schrift dagegen eine Schöpfung des Gesetzgebers selbst, so könnte sie nicht unpassend als Explanatio zu einem Auszuge aus einem Werke des Ius antiquum aufgefasst werden, lässt in diesem Fall aber in der Kodifikation die Aufnahme des Auszugs selbst, der ein Auszug aus den echten Institutionen sein müsste, vermissen.

3. Es bleibt dann noch das Unternehmen, die Frage aus der Schrift selbst zu beantworten. Es führt in der That zu einem Ergebnis, nämlich zu dem Resultat, dass unsere Schrift von dem Kodifikator abgefasst worden ist. Ich will auch schon den Weg angeben, auf dem es erzielt worden ist. Die Untersuchung des frühesten Termins der Abfassung, nach den Daten der in der Schrift benutzten fest datierbaren Kaisergesetze, ergiebt, dass sie nicht vor der Mitte des fünften Jahrhunderts entstanden ist. Oertlich erweist sich dann weder der Osten noch die Stadt Rom als Entstehungsgebiet. Ist damit bereits der für eine Entstehung der Schrift ausserhalb der Kodifikation in Betracht kommende Spielraum ein sehr beschränkter geworden, so ergiebt eine nähere Untersuchung geradezu, dass die Schrift eine Arbeit des Westgothischen Gesetzgebers ist.

---

[227]) Corrigimus, ut omnis legum Romanarum et antiqui iuris obscuritas adhibitis sacerdotibus ac nobilibus viris in lucem intellegentiae melioris deducta resplendeat et nihil habeatur ambiguum, unde se diuturna aut diversa iurgantium inpugnet obiectio. Quibus omnibus enucleatis atque in unum librum prudentium electione collectis haec quae excerpta sunt vel clariori interpretatione conposita venerabilium episcoporum vel electorum provincialium nostrorum roboravit adsensus. Mommsen p. XXXIII u. XXXIIII.

§ 13. *Feststellung der frühesten Abfassungszeit der Schrift.*

1. Für die Beantwortung der Frage, ob der Kodifikator unsere Schrift selbst verfasst oder vielmehr vorgefunden und sie lediglich dem Gesetzbuch einverleibt hat, empfiehlt es sich davon auszugehen, was sich als früheste Entstehungszeit aus den in der Schrift benutzten fest datierbaren Gesetzen der späteren Kaiserzeit ergiebt. Es ist hier zunächst auf frühere Ausführungen, die den Nachweis einer Berücksichtigung von Kaisergesetzen des vierten Jahrhunderts führen, Bezug zu nehmen (vgl. S. 36, 38, 39). Als das jüngste dieser Gesetze darf das Verbot der Ehe unter Geschwisterkindern von Theodosius I aus dem Jahre 384 gelten (vgl. Note 123). Demnach kann unsere Bearbeitung der Institutionen nicht jüngeren Datums sein. Über diesen Punkt besteht dann auch Uebereinstimmung bei den Vertretern der in dem vorigen Abschnitt erörterten herrschenden Meinung in dem Sinne, dass sie, in jenen Gesetzen Bestandteile der älteren Bearbeitung erblickend, als ihren frühesten Entstehungstermin das Jahr 384 bezeichnen [228]).

2. Man wird indessen, wie mir scheint, aus dem Argumente der Benutzung eines fest datierbaren Kaisergesetzes den frühesten Termin der Abfassung unserer Schrift noch weiter, noch näher an die Kodifikationsjahre, in die Mitte des fünften Jahrhunderts, zu setzen haben. Es handelt sich dabei um den Text unserer Schrift, der das Verbot der Lex Aelia Sentia mit Bezug auf Freilassungen In fraudem patroni überliefert. Der Text der Institutionen (1, 37), der in der Schrift bearbeitet ist, begnügt sich mit der schlichten Angabe, dass das Gesetz die Freilassung In fraudem patroni für nichtig erklärt [229]). Dagegen sagt unsere Bearbeitung, dass, wenn ein Freigelassener Römischen Bürgerrechts Kinder im Zustande der Freiheit nicht besitzt und In fraudem patroni seine Sklaven freilässt, die Frei-

---

[228]) Vgl. Fitting S. 335; Hitzig S. 217.

[229]) Nam is, qui.. in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia inpedit libertatem.



lassung keine Giltigkeit hat (1, 1, 6)[230]). Damit stellt die Schrift für die Anwendung des Verbots der Manumissio In fraudem patroni zwei Bedingungen auf, nämlich einmal Kinderlosigkeit, im Sinne des Fehlens von Kindern, die sich im Zustande der Freiheit befinden, und Römische Civität des Freilassers. Diese Bedingungen sind nun aber nicht blos nicht diejenigen des Gaius an der genannten Stelle, sondern mit dem, was Gaius in den Institutionen anderweit überliefert hat, im Streit. Hiernach darf man nämlich annehmen, dass schon die Lex Aelia Sentia selbst sich nicht lediglich auf den Fall der Freilassung seitens eines Herrn, der Freigelassener Römischen Bürgerrechts und ohne freie Descendenz ist, bezogen hat. Denn gewiss bezweckte die Lex Aelia Sentia mit ihrem Verbot den Schutz des patronatischen Erbrechts. Gaius überliefert nun aber, dass schon vor der Lex Papia (9 n. Chr. G.), und dann sicher auch schon vor der Aelia Sentia (4 n. Chr. G.)[231]), neben den Kindern des Freigelassenen, so weit sie Liberi non naturales waren, dem Patron ein Erbrecht zustand (3, 41). Es hat aber ferner nach einer Äusserung des Gaius (1, 47) den Anschein, als habe die Lex Aelia Sentia das Verbot der In fraudem patroni vorgenommenen Freilassung nicht auf die Freilassung von Seiten eines Herrn, der Freigelassener Römischen Bürgerrechts ist, beschränkt[232]). Wie nun nach den genannten Äusserungen des Gaius schon die Lex Aelia Sentia selbst die Anwendung jenes Verbots nicht von den in unserer Schrift aufgestellten zwei Bedingungen abhängig gemacht zu haben scheint, so zwingt geradezu dasjenige, was Gaius über das durch die Lex Papia eingeführte Erbrecht des Patrons berichtet (3, 42), zu der Annahme, dass sich seitdem die Anwendung der Verbotsvorschrift

---

[230]) Aut si libertus civis Romanus filios (om., ed. Haenel) liberos (om., Cod. Leg.) non habuerit, et in fraudem patroni sui servos suos manumittat, ..manumissio non valebit. Der Sinn ist an der Stelle, wo sich Varianten finden, gleichgiltig ob man Filios liberos, bloss Liberos, oder bloss Filios liest, der gleiche, nämlich der, dass es sich um den Besitz von Kindern handelt. Dass, mit Haenel, lediglich Liberos zu lesen ist, glaube ich darum nicht, weil Liberi im Sinne von Kindern, was das Wort dann bedeuten müsste, von der Schrift überall sonst vermieden wird (vgl. Note 150). Dagegen giebt die Lesung Filios liberos einen trefflichen Sinn.

[231]) Gaius sagt mit Bezug auf die Bestimmungen der Lex Papia im Verhältnis zum Edikt (3, 42): postea lege Papia aucta sunt iura patronorum. So konnte er sich nicht ausdrücken, wenn damals das Edikt erst ein paar Jahre alt war.

[232]) In summa sciendum est, quod lege Aelia Sentia cautum sit, *ut aut patroni aut* creditorum fraudandorum causa manumissi liberi non fiant, hoc etiam ad peregrinos pertinere. Die gesperrten Worte beruhen freilich auf einer, immerhin doch plausiblen Ergänzung des unvollständigen Textes (vgl. Note 3): geben sie den Text des Gaius wieder, so ist damit gesagt, dass auch auf die von Peregrinen freigelassenen Personen die Vorschrift der Lex Aelia Sentia, dass sie nicht In fraudem patroni freilassen dürfen, Anwendung fand.

nicht auf den Fall des Fehlens einer freien Descendenz des Freilassers beschränkt hat. Wenn dann nun unsere Schrift ohne, ja gegen Gaius, ihre Vorlage, Römische Civität und Kinderlosigkeit des Freilassers bei der Freilassung seitens eines Herrn, der In fraudem patroni freilässt, als Bedingungen aufstellt, so kann ihr Verfasser diese Angaben natürlich nicht aus den Fingern gesogen haben, und zwar ist das um so mehr ausgeschlossen, als das spätere Kaiserrecht in der That diese Bedingungen aufgestellt hat. Denn eine Novelle Valentinian III vom Jahre 447 [233]) schreibt vor, dass beim Tode von Freigelassenen Römischen Bürgerrechts, in dem Fall einer Hinterlassung von freier Descendenz, der Patron des Freigelassenen ein Erbrecht nicht besitzt; sonach kann sich das Verbot der Freilassung In fraudem patroni nicht mehr auf den Fall beziehen, dass eine Freilassung von Seiten eines Freigelassenen Römischen Bürgerrechts, der freie Descendenz besitzt, stattfindet. Danach zeigt sich, dass in unserer Schrift die Novelle Valentinians benutzt ist. Was aber für eine besonders kräftige Bestätigung dieser Annahme gelten kann, ist der Umstand, dass die Benutzung des Gesetzes nicht lediglich nach dem Inhalt, sondern auch nach dem Wortlaut sich ergiebt; denn wenn unsere Schrift von dem Freigelassenen Römischen Bürgerrechts spricht, der keine freien Kinder besitzt (Si libertus civis Romanus filios liberos non habuerit), so redet die Novelle mit Bezug auf den Freigelassenen und seine nächsten Intestaterben, die unter Ausschluss des Patrons erbeinsetzungsfähig sind, von dem Freigelassenen Römischen Bürgerrechts und seinen freien Kindern [234]). Noch drastischer tritt Uebereinstimmung im Wortlaute mit dem Texte der Interpretation zu Tage, die die Novelle im Breviar (6, 1), wohin sie übergegangen ist, begleitet [235]). Ich verwende diesen Sachverhalt zunächst nur zu der Folgerung, dass, da die Interpretation nicht unverzüglich nach dem Gesetze entstanden sein wird, unser Text, bez. unsere Schrift, die sie benutzt haben, von dem Jahre 447 abzurücken ist. Jedenfalls darf dann angenommen werden, dass die Entstehung der Epitome Gai nicht vor die Mitte des fünften Jahrhunderts fällt. Soweit das Resultat, das die Prüfung der fest

---

[233]) Es ist Novelle 24 der Novellen Valentinians.

[234]) Es sind die folgenden Worte der Novelle 24, 1 (2 u. 6): itaque libertus, qui civis Romani privilegium fuerit consecutus, soboli suae omnes proprias, si maluerit, facultates supremo securus dimittat arbitrio ..Praeterea intestatis libertis filius filiave, nepos neptisque, vel si plures superstites fuerint, dummodo liberi civesque Romani, pro totius patrimonii soliditate succederent.

[235]) Es heisst hier: de successionibus vero libertorum, hoc est civium Romanorum, id censuit observandum, ut libertus sive liberta, si unum filium seu plures habuerint, ipsis facultatem suam morientes, si voluerint, integram derelinquant.

datierbaren Kaisergesetze, die sich in der Schrift benutzt finden, für die Feststellung des frühesten Termins der Abfassungszeit unserer Schrift liefert [236]). Dass dann der Schriftsteller, wie sich gezeigt hat (vgl. S. 18—20), die auf die alte Religion Bezug habenden Äusserungen der Institutionen ausscheidet, bez. Beziehungen christlicher Art an ihre Stelle setzt, oder, wie man wohl sagen darf, ein Christ ist, kann nach dieser Feststellung kein Wunder nehmen.

---

[236]) Ich bin der Frage nachgegangen, ob nicht noch andere datierbare Gesetze der späteren Kaiserzeit nachweisbar sind. Das Ergebnis ist kein sicheres, aber zudem nach dem von uns gewonnenen Resultat ohne Wert, da die in Frage kommenden Gesetze vor die Mitte des fünften Jahrhunderts fallen. Es handelt sich um Folgendes. 1) Es heisst in der Lehre von der Tutel (1, 7, 2): quodsi nec testamentarius tutor fuerit, nec legitimus, tunc ex inquisitione iudicis pupillis tutores dantur. Mit dem Tutor, der Ex inquisitione iudicis gewährt wird, ist der vom Magistrat gegebene Tutor gemeint. Diese Gleichsetzung wird dem Standpunkte des Kaiserrechts nicht völlig entsprechen (vgl. die Anmerkung Ex inquisitione dati in ed. Schrader ad I. 1, 24 pr.), begegnet jedoch wohl auch in den Institutionen (1, 20, 3 u. 4) und in der alten Turiner Institutionenglosse N°. 25. Die Formulierung, Inquisitio des Iudex, und die Angabe einer Datio des Vormunds in Folge Inquisitio des Iudex, bei Ermanglung eines legitimen Vormunds, finde ich nirgends anders als in einen Gesetze vom Jahre 390, das auch in das Breviar aufgenommen ist (C. Th. 3, 17, 4, 4 = Br. h. l.), an folgender Stelle: quod si neque quisquam legitimus ad pares possit causas vocari, iudices, qui in provinciis iura restituunt,.. per inquisitionen dari minoribus defensores iubebunt. 2) Auch in der Behandlung der Genera legatorum (2, 5) tritt der Einfluss der Kaisergesetzgebung zu Tage. Sie werden, wie bei Gaius (2, 192—223), zu vier und mit den gleichen Bezeichnungen aufgeführt, erscheinen indessen nicht, wie hier, als vier verschiedene Typen von solennen Geschäften, sondern als das vom Formelzwang freie Vermachungsgeschäft nach den vier verschiedenen Richtungen des erblasserischen Willens (Vindikationslegat: Erwerb dinglichen Rechts. Damnationslegat: Erwerb eines positiven Forderungsrechts [Recht auf Leistung]. Legatum sinendi modo: Erwerb eines negativen Forderungsrechts [Recht auf Duldung]. Legatum per praeceptionem: Recht des Erben auf ein Praecipuum). Die verschiedene Bedeutung, die danach der Form zukommt, zeigt sich darin, dass für das Praezeptionslegat in der Schrift überhaupt keine Form sich angegeben findet (2, 5, 7), und dass wegen der Verschiedenheit der Intention des Verfügenden die Genera legatorum zwar von ungleichem, andererseits nicht von typischem Ausdruck sind. So giebt Gaius (2, 193) für das Vindikationslegat zwar mehrere Formeln, immerhin doch nur im Sinne eines erweiterten Ordo clausus (per vindicationem hoc modo legamus: Titio verbi gratia Hominem Stichum Do Lego; sed et si alterum verbum positum sit, veluti Do aut Lego, aeque per vindicationem legatum est: item, ut magis visum est, et si ita legatum fuerit: Sumito vel ita: Sibi Habeto vel ita Capito, aeque per vindicationem legatum est). Unsere Schrift (2, 5, 1) bietet dagegen nicht allein von Gaius abweichende Verfügungserklärungen, sondern diese im Sinne von Beispielen (vindicationis legatum est, si testator sic locutus fuerit „illum servum tibi do" aut „lego" vel „illam rem tibi praesume, habe, vindica"). Von dem Standpunkte des Schriftstellers aus, dass die vier Genera legatorum nicht vier verschiedene Typen solenner Geschäfte, sondern das formlose Vermachungsgeschäft in vier verschiedenen Richtungen des erblasserischen Willens sind, erklärt sich auch, dass ein von einer Legatsart geltender Satz, der nicht leicht aus der Besonderheit der Willensrichtung des Erblassers begründet werden kann, in der Schrift nicht wiederkehrt (vgl. z. B. 2, 196), und das Senatusconsultum Neronianum, das auf

§ 14. *Begrenzung des Entstehungsgebietes der Schrift.*

1. Es hat sich ergeben, dass unsere Schrift nicht vor der Mitte des fünften Jahrhunderts abgefasst ist. Sonach bleibt nur die kurze Spanne eines halben Jahrhunderts übrig, innerhalb deren das Produkt, das zu Beginn des sechsten Jahrhunderts in der Westgothischen Kodifikation zu Tage tritt, abgefasst sein kann. Hierin liegt an und für sich Nichts, was gegen seine Entstehung ausserhalb des Kodifikationswerks und vor ihm spricht. Es hat in diesen Zeitläuften an einem regen litterarischen Betriebe nicht gefehlt. Aber dieser Betrieb, das Produkt einer Bewegung, die geradezu den Eindruck einer Renaissance der Römischen Rechtswissenschaft macht, fällt in den Osten des Römischen Reichs. Wenn es aber von vornherein für unwahrscheinlich gelten muss, dass sich der Westgothische Kodifikator ein kürzlich im Orient entstandenes Litteraturprodukt in lateinischer Sprache für sein Gesetzbuch angeeignet hat, so fehlt es in unserer Schrift auch nicht an Anzeichen, dass sie nicht im Griechischen Osten entstanden ist: Äusserungen, die auf Griechisches Bezug haben, sind entfernt[237]), ja selbst in Texten, die die Schrift in ihrem sonstigen Inhalt wiedergiebt, gestrichen[238]).

---

der Fiktion der Vornahme eines der Formalakte beruhte, in ihr nicht aufgenommen ist. Der der Zeichnung, wie sie in der Schrift begegnet, zu Grunde liegende Status dürfte bereits einer Konstitution Konstantins vom Jahre 339 entsprechen (C. I. 6, 37, 21). Wiederholt ist der Satz, dass es auf die Art der Formulierung der letztwilligen Erklärung nicht ankommt, z. B. in einer Novelle Valentinians (20, 1, 3), die auch in das Breviar aufgenommen ist (4, 1) (cunctisque iam liceat, quoquomodo et quibuscunque verbis ultimum dictare iudicium, sicut eorum principum statuta declarant, qui removerunt sanctionibus suis meliore prudentia vetusti iuris ambages).

[237]) Die Schrift unterlässt es, bei der Erörterung der Stipulationsform (2, 9, 2), nach der Vorlage (3, 93) des Umstandes zu gedenken, dass auch der Gebrauch des Graecus sermo zulässig ist. In der im allgemeinen sehr getreu wiedergegebenen Darstellung der Verschiedenheiten von Legaten und Fideikommissen (2, 7, 8) streicht die Schrift mitten aus einer Erörterung (vgl. S. 62) heraus den Satz der Vorlage (2, 281), dass Legata Graece scripta nicht giltig sind, Fideikommisse wohl: das Hindernis der Giltigkeit bestand freilich nach einer Novelle Theodosius II (16, 1, 8), die auch in das Breviar (9, 1) übergegangen ist, nicht mehr.

[238]) Gaius (1, 64) sagt von den unehelichen Kindern: solent spurii filii appellari vel a Graeca voce quasi σποράδην concepti vel quasi sine patre filii. Die Schrift streicht die Ableitung aus dem Griechischen (1, 4, 8 spurii appellantur, hoc est sine patre filii)'

2. Verengt sich damit auch der Raum, der für die Entstehung unserer Schrift ausserhalb der Kodifikation und innerhalb eines halben Jahrhunderts in Betracht kommt, so nötigt ein weiterer Umstand die örtlichen Grenzen noch enger abzustecken. Es ergiebt sich nämlich, dass in der Schrift alle Bezugnahmen der Institutionen des Gaius auf das Römische Volk und auf die Stadt Rom entfernt sind. So fehlt in der auf die Freigelassenen deditizischen Standes bezüglichen Partie, die sich im übrigen der Vorlage anschliesst [239]), die Herleitung der Bezeichnung Dediticius aus seiner Unterwerfung im Kampfe gegen den Populus Romanus (1, 14), sowie was Gaius von dem Verbote ihres Aufenthalts in der Stadt Rom und ihrer Umgebung und von ihrer Verknechtung als Servi populi Romani, im Falle der Uebertretung dieses Verbotes, zu berichten weiss (1, 27 u. 160). Es ist ferner mit Bezug auf den Uebergang eines Freigelassenen Latinischen Standes in die Römische Civität keiner der bei Gaius (1, 32ᵇ—34) genannten Fälle, in denen ein Bezug auf die Stadt Rom sich findet, aufgenommen. Gegen die Verwertung dieses Sachverhalts zu der Schlussfolgerung, dass die Schrift ausserhalb Roms entstanden ist, darf man nicht einwenden, dass der Kodifikator, mochte auch sonst, wie nachgewiesen ist, die Schrift durch den Kodifikationsprozess keine Umgestaltung erfahren haben, die Bezugnahmen auf die Stadt Rom ausscheiden musste: denn keine Erörterung in unserer Schrift kann zu der Annahme, dass die Hand des Kodifikators einen bereits vorhandenen Text zugerichtet hat, weniger Anlass geben, als der erste Titel der Schrift über die Tria genera libertatum. Dagegen lässt sich sagen, dass auch eine in der Stadt Rom im Laufe der zweiten Hälfte des fünften Jahrhunderts verfasste Schrift, die sich die Aufgabe stellte, das geltende Recht wiederzugeben, keine Ursache hatte, Rechtssätze vorzutragen, die kaum noch in der Praxis leben durften, wie auch die Ableitung des Wortes Dediticius

---

[239]) Es finden sich vor die Definition des Dediticius (1, 1, 3 = G. 1, 13 u. 15), ferner die Ausführung über seine Stellung in erbrechtlicher Hinsicht (1, 1, 4 = G. 1, 25) und über seine Fernhaltung von der Civität (1, 1, 4 = G. 1, 26). Es heisst in letzterem Punkte Hinsicht: dediticii vero nulla ratione possunt ad civium Romanorum libertatem ordinis beneficio pervenire. Gaius (1, 26) sagt dagegen: nec ulla lege aut senatus consulto aut constitutione principali aditus illis ad civitatem Romanam datur. Mit dem Ordinis beneficio dürfte Etwas, was dem Gaianischen Senatus consulto entspricht, gemeint sein (vgl. auch P. 4, 12, 3 Int. das Ordinis consilio), während mit Weglassung von Constitutio principalis und Lex die Schrift die Bindung des Gesetzgebers wird haben ablehnen wollen. Das Nächste ist, an den städtischen Ordo zu denken. In der Umdeutung eines Textes zu einer der Kurie auferlegten Schranke erinnerte dann der Text an das durch die Interpretation zu den Sentenzen dem Verfahren Extra ordinem gegebene Verständnis im Sinne des Ausschlusses einer Sententia des Ordo (non exspectata ordinis sententia) (1, 5, 2. 1, 13, 3. 1, 15, 2).

nicht nur nicht einen privatrechtlichen, sondern auch nicht einmal einen aktuellen Bezug enthält: wenn jene in unserer Schrift fehlenden Sätze über den Dediticius in der Litteratur der Glossare und auch bei Isidor überliefert werden[240]), so hat hierzu, wie man annehmen darf, nicht sosehr juristisches als vielmehr antiquarisches Interesse den Anlass gegeben. Hingegen fehlt es nicht an einem ganz entscheidenden Moment gegen die Annahme, dass unsere Schrift in Rom ihren Ursprung hat. Wiederholt haben wir uns bereits mit dem Satze der Epitome beschäftigt (1, 6, 3), wonach die Emanzipation, die nunmehr vor der Kurie vorzunehmen sei, ehedem vor dem Praeses zu geschehen pflegte. Nun hat ganz zweifellos die Vorlage, wo sie von dem Magistrat, vor dem das Geschäft vorgenommen wird, sprach, an erster Stelle den Praetor genannt und den Praeses nur als entsprechende Provinzialinstanz dem Praetor angereiht[241]): die Schrift strich die Erwähnung des Praetors, behielt dagegen die Erwähnung des Provinzialmagistrats, selbst dem Wortlaute nach, bei[242]). So konnte aber offenbar doch nur ein Autor schreiben, dem das Stadtrömische, ja selbst das Italische in dem Masse ferne stand, dass er ihm sogar bei der Erwähnung eines Sachverhalts der Vorlage, dem er keine praktische Bedeutung mehr zuerkannte, aus dem Wege ging, somit ein Autor, der nicht in Rom oder in Italien, sondern in einem Gebiete schrieb, das zu den Provinzen des Römischen Reiches gehörte[243]). Dass dann daneben, wie wir sahen (vgl. § 11, 3), die Schrift von

[240]) Mit Bezug auf die Glossare ist das Material gegeben bei Conrat (Cohn), Epit. ex. reg., p. CCCXXX u. S. 189 (vgl. Krüger in seiner Ausgabe des Gaius [vgl. Note 166], p. 5 Note). Isidor bringt die Sätze in den Etymologiën (9, 4, 49 u. 52).

[241]) Dass die Worte des Gaius, welche die Stelle angeben, wo das Geschäft der Freilassung aus der väterlichen Gewalt vorzunehmen ist, nicht erhalten sind, habe ich bereits bemerkt (vgl. Note 47). Dagegen heisst es bei Gaius (1, 134) hinsichtlich der In iure cessio bei der Adoption, dass Vindicatio und Addictio vor dem Praetor statt haben und das Gleiche in den Provinzen vor dem Praeses provinciae zu geschehen pflege. In der Sache übereinstimmend muss doch auch bei Gaius die entsprechende Notiz über die Emanzipation gelautet haben. Auch wo sonst in den Institutionen der Praeses erwähnt wird, geschieht es in Verbindung mit dem Praetor, und letzterer wird dabei stets an erster Stelle genannt (1, 6; 29; 105; 185; 198; 200. 2, 24; 25: 278).

[242]) Es heisst a. d. Note 241 erwähnten Stelle (1, 134) mit Bezug auf die Adoption, nachdem erwähnt worden ist, dass die Vindikation und Addictio vor dem Praetor geschieht: eadem et in provinciis apud praesidem provinciae solent fieri. Das Ante praesidem solebat fieri in unserer Schrift (Quae tamen emancipatio solebat ante praesidem fieri) kann nur von einem damit übereinstimmenden Satze herrühren.

[243]) Auch aus diesem Grunde würde sich erklären, dass der Schriftsteller von dem Doppelrecht der Fundi, Italicus und provincialis, keine Meldung macht (vgl. S. 41). Es giebt für ihn nur eine Art Fundus. Doch erklärt es sich auch aus dem Wegfall der Verschiedenheit in der Geltendmachung der Rechte am Italischen und provinzialen Eigen, wozu das veränderte Verfahren führen musste.

einer Adoption vor dem Populus, übrigens nicht ausdrücklich dem Populus Romanus, ja von einer Adoption vor dem Praetor spricht, kann nur als Bestätigung dessen dienen, in welchem Sinne diese Erwähnung in unserer Schrift geschieht, nämlich lediglich behufs Verwendung eines gangbaren Schulausdrucks, sodass selbst die Absicht einer Bezugnahme auf die Vergangenheit, wie sie dem Verfasser bei Erwähnung des Praeses im Falle der Emanzipation innewohnte, nicht vorhanden gewesen ist. So darf man als sicher annehmen, dass die Heimat der Schrift, wenn auch nicht im Osten, sondern im Westen, dennoch nicht in der Stadt Rom, sondern in einem Provinzialgebiete des Römischen Reichs zu suchen ist [244]). Auch die Sprache der Schrift begünstigt die Annahme, dass das Entstehungsgebiet in den westlichen Provinzen des alten Römischen Reichs, am ehesten in Gallischen Landen zu suchen ist [245]).

---

[244]) Dies ist auch die Meinung von Hitzig, S. 218. Auch für ihn kommt dabei der Satz von der Emanzipation in Betracht. Fitting, S 335—338, denkt an Entstehung der Schrift in Rom und beruft sich hierfür auf die Erwähnung der Adoption Apud populum und der Manumissio ante consulem. Mit Bezug auf die Schlussfolgerung aus der Arrogation vor dem Populus ist der Text zu vergleichen. Auf das Argument aus der Erwähnung der Manumissio ante consulem brauche ich nicht einzugehen, da ich zu der Annahme neige, dass die Lesart Consulem nicht authentisch ist (vgl. S. 82). Krüger, S. 314 Note 35, macht noch andere Litteraturangaben, lässt selbst aber die Frage des Entstehungsortes unentschieden. Es handelt sich dabei überall um den Entstehungsort der älteren Bearbeitung.

[245]) Hitzig, S. 189, 218 u. 219, auf dessen Angaben ich für das Nähere Bezug nehme, meint, dass die Schrift, von stilistischen und grammatikalischen Kuriositäten abgesehen, einige grammatische und lexikographische Eigentümlichkeiten zeigt, die für Bestimmung des Abfassungsgebietes in Betracht kommen. Er weist in ersterer Hinsicht auf den Gebrauch von Pro als Kausalpräposition und von Pro eo quod als Kausalkonjunktion, von Quamlibet für Quamvis, Nisi für Sed, Ipse für Idem, dagegen in letzterer Hinsicht insbesondere auf Worte wie Medietas und Fabricare im Sinne von Aedificare. Hitzig neigt auf Grund des Umstandes, dass die bezeichneten Erscheinungen teils allein, teils besonders an Gallischen Schriftstellern beobachtet sind, zu der Annahme Gallischen Ursprungs. Für ihn gilt dies von der älteren Bearbeitung: nicht erst die Westgothischen Redaktoren hätten der Schrift die Sprache gegeben, die sie führt. Andererseits erwähnt Hitzig selbst, dass auch die Lex Visigothorum und die Interpretatio Aehnlichkeiten in der Sprache mit unserer Schrift aufweisen, worauf noch weiter zurückzukommen ist (vgl. § 19, 3).



§ 15. *Nachweis der Benutzung des Westgothisch-römischen Gesetzbuchs in der Schrift.* a. *Im allgemeinen.*

1. Das Ergebnis, das bisher erzielt worden ist, lässt sich dahin zusammenfassen, dass die Épitome Gai, die einen Teil der Westgothischen Kodifikation bildet, für ein Produkt zu gelten hat, das nicht vor der Mitte des fünften Jahrhunderts und zwar im Gebiete der Römischen Provinzen des Westens, am füglichsten in Gallischen Landen, nicht in Rom selbst entstanden ist. Eine weitere Untersuchung ergiebt dann aber, was schon nach dem gewonnenen Sachverhalt für wahrscheinlich gelten konnte, dass unsere Schrift für ein Werk der Kodifikation anzusehen ist. Zunächst gründe ich diese Annahme auf den Umstand, dass zu ihrem Bau das Kodifikationswerk als solches beigetragen hat.

2. Es ist bei Feststellung der Abweichungen von dem Grundtexte mit Bezug auf Inhalt und Mass der Materien einer Anzahl von Konstitutionen des vierten Jahrhunderts, die in unserer Schrift berücksichtigt worden sind, gedacht worden. Diese Gesetze haben sämmtlich im Codex Theodosianus Aufnahme gefunden (vgl. Note 108, 115, 120, 122—124). Dass dann die Epitome Gai, die nicht vor der zweiten Hälfte des fünften Jahrhunderts entstanden ist, die Gesetze aus dem Codex Theodosianus entlehnt hat, liegt auf der Hand. Nun sind diese Konstitutionen des Codex Theodosianus sämmtlich in den Auszug aufgenommen, der einen Teil des Westgothischen Gesetzbuchs bildet[246]), ebenso wie die Novelle Valentinian III über das Erbrecht der Freigelassenen (vgl. S. 89). Umgekehrt dass in der Schrift den Leges, das ist dem Codex Theodosianus und den Posttheodosianischen Novellen, Stoff entnommen wurde, der dem Breviar fremd geblieben ist, ergiebt sich nicht[247]): ist dann

[246]) C. Th 3, 14, 1 und C. Th. 4, 7, 1 haben im Breviar die gleichen Bezeichnungen. Hingegen ist C. Th. 3, 12, 2; 3; 4 = 3, 12, 1; 2; 3 und C. Th. 9, 12, 2 = 9, 7, 1.

[247]) Ed. Mommsen nimmt an, dass C. Th. 3, 12, 1, das Gesetz vom Jahre 342, welches das in der Schrift (1, 4, 3) berücksichtigte Verbot der Ehe mit der Bruderstochter eingeführt hat, in das Breviar nicht aufgenommen ist; sein Inhalt kehrt indessen in

wirklich die Schrift ein originales Produkt aus der Hand des Kodifikators gewesen, so lässt sich recht wohl begreifen, dass ihr Verfasser, der damit einer der Redaktoren des Gesetzbuchs war, hinsichtlich der Berücksichtigung des Rechtes, das der Legesmasse des Römischen Rechts, das Wort Leges im Sinne der späteren Kaiserzeit begriffen, angehört, sich auf den Rechtsstoff beschränkt hat, der davon in die hierfür bestimmten Teile des Gesetzbuchs, den Auszug des Codex Theodosianus und der Posttheodosianischen Novellen, übergegangen ist. In welcher Weise auch immer eine Verständigung zwischen den Redaktoren des Ius und der Leges stattgefunden haben mag: gewiss ist, dass sie über das Mass der zur Geltung kommenden Leges ein Einvernehmen hergestellt und Sorge getragen haben werden, dass dieser Stoff nicht lediglich in der Form der Bearbeitung des Ius antiquum im Gesetzbuche seinen Einzug hält. Dennoch geht es wohl nicht an, schon auf den Umstand, dass das sämmtliche in unserer Bearbeitung benutzte Recht der Leges im Breviar wiederkehrt, zu schliessen, dass die Schrift Kodifikationsarbeit ist, bez. aus dem Breviar geschöpft hat: denn die Zahl der Fälle, in denen überhaupt Gesetze der späteren Kaiserzeit in der Schrift benutzt worden sind, erscheint hierfür zu klein und der Nachweis, dass die Schrift an Material, insbesondere des Codex Theodosianus, das sich zur Benutzung durch den mit der Gaiusbearbeitung betrauten Redaktor geeignet hätte, vorübergegangen ist, nicht zu führen [248]).

3. Ein anderer Umstand bringt uns der Annahme, dass die Schrift das Kodifikationswerk als solches benutzt hat, näher. Es

C. Th. 3, 12, 3 = Br. 3, 12, 2 wieder (vgl. Note 122). Von der Benutzung einer nicht in das Breviar aufgenommenen Konstitution (C. Th. 9, 12, 1), wie sie Hitzig, S. 192, in dem den Bregiff des Dediticius entwickelnden Texte (1, 1, 3) anzunehmen geneigt ist, kann ich Nichts bemerken: denn wenn die Schrift als Dediticii diejenigen bezeichnet Qui post admissa crimina suppliciis subditi et publice pro criminibus caesi sunt, so liegt in dem Worte Publice nichts weiter als was Gaius sagt, wenn er unter den Dediticii diejenigen aufzählt, die dem Kampfe mit dem Eisen oder mit den Bestien ausgeliefert oder dem Ludus oder der Custodia ausgeantwortet sind. In der genannten Konstitution, die dem Herrn verbietet, den Sklaven mit den Strafmitteln von Poenae publicae zu strafen, liegt doch nur ein entfernter Bezug zu dem Texte unserer Schrift.

[248]) Das liegt an unserer unvollständigen Kenntnis des Codex Theodosianus. Höchstens liesse sich das Folgende sagen. Ein Gesetz des Arkadius vom Jahre 405, das unter Aufhebung des Verbots die Ehe unter Konsobrinen gestattet, ist im Codex Justinianus (5, 4, 19) überliefert. Vermutlich stand es aber auch im Codex Theodosianus, von dem wir den bezüglichen Titel (3, 12) fast (vgl. vorige Note) nur aus dem Breviarauszug (3, 12) kennen, der die Konstitution nicht aufgenommen hat, sondern nur Gesetze, die auf dem Standpunkte des Verbotes stehen (vgl. S. 39). Dem entsprechend weiss auch die Schrift nur von einen Verbote der Ehe unter Konsobrinen (1, 4, 6).



ergiebt sich nämlich, dass sie neben den Konstitutionen, die sich in der Legesmasse des Breviars, dem Auszuge aus dem Codex Theodosianus und den Posttheodosianischen Novellen, finden, auch Texte verwendet, die der im Breviar aufgenommenen Masse des Ius, dem Auszuge aus den Libri diversi des Ius antiquum des Breviars angehören, bez. die Species iuris sind. Es gilt dies auch von einem Texte des Codex Gregorianus, welche Sammlung ja gleichfalls zum Ius gerechnet wurde. Der kümmerliche Auszug, den das Breviar von dieser Sammlung enthält, birgt in dem Titel De rei vindicatione zwei Konstitutionen (6, 1 u. 2), die erste vom Jahre 242, die zweite vom Jahre 244 oder 245: letztere behandelt den Thatbestand der Inaedificatio, erstere den Sachverhalt des Einsetzens von Weinstöcken auf fremdem Boden, während beide als Rechtsfolge verzeichnen, dass der Boden dasjenige, was aufgesetzt ist, nach sich zieht: aedificium—vineas solo cedere. Gaius nennt unter den Thatbeständen (2, 73—76), die sich als Verbindung mit unbeweglichen Sachen darstellen und das Superficies solo cedit zur Folge haben, nur einen der beiden genannten Fälle, nämlich die Inaedificatio (2, 73). Wenn nun unsere Schrift, wo sie jene Thatbestände nach den Institutionen wiedergiebt (2, 1, 4), die Vorlage mit dem Falle des Einsetzens von Weinstöcken auf fremdem Grunde bereichert, so wird man annehmen können, dass das Inserat auf den Codex Gregorianus zurückgeht: denn mag auch der Fall des Einsetzens von Weinstöcken nahe genug liegen, der Umstand, dass die beiden Texte des Codex Gregorianus die gleiche und auch gleich paroemiatisch formulierte Rechtsfolge, der eine aber auch den gleichen Thatbestand der Inaedificatio, wie Gaius, erbringen, musste die Aufmerksamkeit des Bearbeiters der Institutionen und zwar um so sicherer auf sie lenken, als sie neben einander stehen [249]). Es ist sodann ferner mit Bezug auf die Sentenzen des Paulus bereits gezeigt worden (vgl. § 10, 7), dass in unserer Schrift Text, der auch in den Breviarauszug übergegangen ist, Verwendung gefunden hat: dass dies aber ausserdem in zahlreichen Fällen geschieht, wird die ausschliesslich diesem Gegenstande gewidmete Erörterung zur Genüge darlegen (vgl. § 16). Nun sind ja die Sentenzen des Paulus während der Zeitläufte, in welche die Abfassung der Schrift versetzt werden muss, ohne allen Zweifel ein viel gebrauchtes Buch gewesen, sodass an und für sich aus der Benutzung in unserer Schrift nicht geschlossen werden darf, dass sie sich dabei des Breviar-

[249]) Ob dies bereits im vollständigen Codex Gregorianus der Fall war, lässt sich freilich nicht sagen.

auszugs bedient hat. Auch der Umstand, dass die Benutzung von Text der Sentenzen, der dem Auszuge nicht angehört, unerweisbar ist, lässt sich hierfür nicht anführen, da wir ja die Sentenzen überwiegend nur im Breviarauszuge besitzen. Andererseits würde selbst die Verwendung von Stellen der Sentenzen, die der Auszug ausgeschieden hat, kein Argument hierfür gewähren, dass die Gaiusbearbeitung ausserhalb des Kodifikationswerks zur Entstehung gekommen ist; denn den Redaktoren hat ja doch sicher das vollständige Werk des Paulus vorgelegen, und den Gaiusbearbeiter für sein Geschäft auf die Texte des Auszugs zu beschränken, war vom Standpunkte der Kodifikation keine Veranlassung vorhanden, zumal da Paulus dem Bearbeiter im Wesentlichen doch nur dazu diente, seine Vorlage in redaktioneller Hinsicht zu beeinflussen. Also ist der Umstand, dass die Schrift zu ihrem Bau mehrere Texte des Paulus benutzt hat, die im Breviarauszuge vorkommen, für die Annahme einer Benutzung des Breviars ebensowenig entscheidend, wie — für sich allein betrachtet — die Verwendung von Texten, die sich im Breviarauszuge des Codex Theodosianus finden, zu der entsprechenden Annahme berechtigt. Hält man indessen die gewonnenen Ergebnisse zusammen, so zeigt sich, dass sich in der Schrift gleichzeitig Texte des Codex Theodosianus und der Sentenzen, ingleichen aber auch der Novellen und des Codex Gregorianus, somit sämmtlicher Teile des Breviars, benutzt finden, und dass die Texte aus diesen im Breviar in Auszügen versammelten Rechtsdenkmälern auch in den das Breviar bildenden Auszügen wiederkehren. Ist es nicht dann schon wahrscheinlich, dass unsere Schrift, die der Ueberlieferung nach lediglich ein Teil des Breviars ist, indem sie sich des gleichen Quellenrepertoirs bedient, wie die Kodifikation des Breviars, und eine Auslese aus diesem Repertoir trifft, wie diese Kodifikation, auch selbst eine Arbeit aus der Hand des Westgothischen Gesetzgebers gewesen ist?

4. Ein Umstand, der die Schlüssigkeit der aus der Uebereinstimmung in dem Quellenrepertoir und in der Auslese gezogenen Folgerung beeinträchtigt, ist, dass Schriften und Kodifikationen, die in ihren Entstehungsverhältnissen einem frühestens in der zweiten Hälfte des fünften Jahrhunderts geschaffenen Produkte des Westens, wie die Epitome ist, nicht fern stehen, im Wesentlichen das gleiche Quellenrepertoir besitzen, wie es das in unserer Schrift und im Breviar benutzte ist[250]). Daraus lässt sich nämlich schliessen,

[250]) Ich habe die Consultatio, das Edictum Theoderici und die Lex Romana Burgundionum im Sinne (vgl. Krüger S. 306, 317, 318).



dass jenes Quellenrepertoir nicht eine spezifische Kombination des Westgothischen Gesetzgebungswerks, sondern der Quellenstatus des Zeitalters gewesen ist. Aber die Schrift hat sich der jenen Quellen entlehnten Texte nicht lediglich in der Gestalt bedient, welche sie von Haus aus besessen haben, sondern in der Formulierung, die ihnen von dem Westgothischen Kodifikator gegeben worden ist: ich meine, in der Form der Interpretation, die sich im Westgothischen Gesetzbuche dem Legaltexte beigegeben findet. Es gilt dies von allen einzelnen Quellen, die unsere Schrift verwertet. Dass der Verfasser die Novelle Valentinian III anscheinend auch in der Fassung der Interpretation verwendet hat, habe ich bereits früher gezeigt (vgl. S. 89). Nun kommt, was die Leges anlangt, noch hinzu, dass auch bei Texten des Codex Theodosianus, die unsere Schrift benutzt hat, die Fassung der Interpretation ganz deutlich durchschimmert[251]). Aber auch bei dem einen Text, der auf den Codex Gregorianus zurückgeht, könnte leicht die Interpretation nicht unbenutzt geblieben sein. Die Konstitution selbst (6, 1), die den Fall des Einsetzens der Weinstöcke behandelt, spricht von Vineae (vineas) in alieno agro institutae (institutas); dagegen gebraucht unsere Schrift (2, 1, 4) statt Instituere das Zeitwort Ponere (si aliquis in agro nostro.. vineas.. posuerit), und das Gleiche thut die Interpretation mit auch sonst anklingender Formulierung (Si quis vineas in aliena terra posuerit). Besonders zahlreich sind, wie sich zeigen wird, die Texte unserer Schrift, die auf die Interpretation zu den Sentenzen des Paulus zurückgehen. Nun

[251]) In dem Satze von der Herrengewalt (1, 3, 1) heisst es: occidendi tamen servos suos domini licentiam non habebunt, nisi forte servus, dum pro culpae modo caeditur, casu forsitan moriatur. Dies klingt an die Interpretation der Konstitution (Br. C. Th. 9, 9, 1) an (Si servus, dum culpam dominus vindicat, mortuus fuerit), obschon auch der Legaltext benutzt sein wird: er spricht zwar von Culpa nur mit Bezug auf den Herrn, andererseits aber von dem durch Casus verursachten Tode (Quotiens verbera dominorum talis casus servorum comitabitur). Wenn in dem Satz unserer Schrift (1, 4 pr.), dass Legitimae nuptiae nur zwischen einem Römer und einer Römerin bestehen können, das Verbot der Ehe zwischen Römern und Fremden (C. Th. 3, 14, 1) gelegen ist (vgl. S. 38), so ist letzteres direkt nicht in dem Legaltext der Konstitution, die das Verbot eingeführt hat, sondern in der Interpretation gesagt (Nullus Romanorum barbaram cuiuslibet gentis uxorem habere praesumat, neque barbarorum coniugiis mulieres Romanae in matrimonio coniungantur). Selbst in den Worten, die sich auf die Ehehindernisse der Kaisergesetze beziehen, tritt die Abhängigkeit von der Interpretation zu Tage: wenn es in der Schrift heisst Sed nec uni viro duas sorores uxores habere.. permittitur (1, 4, 7), so begegnet die gleiche Formulierung in C. Th. 3, 12, 1 Int. (uni viro duas sorores habendi penitus licentia denegatur), während das Gesetz selbst sagt, dass ehedem der Mann nach dem Tode der Frau oder nach der Scheidung von der Frau deren Schwester heiraten konnte, nunmehr aber es verboten sei (Etsi licitum veteres crediderunt.. post mortem mulieris aut divortium contrahere cum eiusdem sorore coniugium, abstineant huiusmodi nubtiis universi).

ist auch mit Bezug auf die Interpretation, die den Legaltext des Breviars begleitet, die Ansicht vertreten, ja, wie sich sagen lässt, die herrschende, dass ihr, wie dem Westgothischen Gaius, ältere Erläuterungsschriften zu Grunde liegen, die von den Redaktoren für das Gesetzbuch lediglich zugerichtet worden sind[252]). Indessen bildet die Widerlegung dieser Ansicht und der Nachweis, dass die Interpretation zu den verschiedenen Teilen des Breviars von dem Kodifikator hergestellt worden, bez. die bei dem Kodifikationswerk befohlene und ausgeführte Erläuterung des Legaltextes ist, eine Aufgabe für sich[253]): der Umstand aber, dass die Schrift die Interpretation zu allen einzelnen Teilen des Quellenrepertoirs der Westgothischen Kodifikation benutzt hat, lässt sich auch ohne die Widerlegung jener Annahme und auch ohne Erbringung des Nachweises, dass die Interpretation ein Kodifikationsprodukt ist, verwerten. Es kann selbst dahin gestellt bleiben, ob es wahr ist, worauf sich jene Annahme beruft, dass Spuren vorhanden sind, die mit Bezug auf die im Breviar aufgenommene Interpretation auf eine Benutzung von Texten hinweisen, die auf das Breviar nicht zurückgeht: jedenfalls sind die Quellen, die im Breviar eine Interpretation besitzen, nicht durchgängig mit Interpretation, im Besonderen nicht durchgängig mit derjenigen, die im Breviar wiederkehrt, versehen gewesen, wie sich ja aus einer reicheren Ueberlieferung des Codex Theodosianus und einer reicheren Benutzung der Sentenzen ergiebt, in der lediglich der originale Text zum Vorschein kommt. Wird man daher nicht schon aus dem Umstande, dass die Schrift Texte des Codex Theodosianus benutzt, die im Breviarauszug aufgenommen sind, die Folgerung ziehen wollen, dass sie aus letzterem geschöpft hat, so spricht hierfür der Sachverhalt, dass der Autor sich dabei einer Formulierung des Rechtsinhalts bedient hat, die auch im Breviar wiederkehrt und schwerlich viel ausserhalb vorgekommen sein wird. Das Gleiche gilt dann von den sonstigen Quellen und den Sentenzen des Paulus im Besonderen. Aber eine weitere Erwägung giebt, wie man sagen kann, völlige Sicherheit, dass in der That eine Benutzung der Interpretation aus dem Breviar stattgefunden hat. Wir sahen, dass von allen genannten Quellen, deren sich die Schrift bedient, dem Autor die im Breviar benutzten Interpretationen bekannt waren. Kaum wird es dann, bei ihrem zum mindesten selteneren

---

[252]) Vgl. Krüger S. 311 u. 312.

[253]) Der Widerspruch gegen die herrschende Meinung, die ich (vgl. Gesch. der Quellen u. Literatur d. Röm. Rechts im früh. Mittelalter, I. 89 u. insb. Note 1) selbst geteilt habe, ist von Mommsen, p.XXXV, der instinktiv überall das Richtige sah, eingeleitet.

Vorkommen, von anderswoher geschehen sein als in einem Produkte, das die verschiedenen Interpretationen vereinigte, wie es im Breviar der Fall ist, und welches Produkt, das einen Komplex der im Breviar benutzten Interpretationen zum Codex Theodosianus, zu den Posttheodosianischen Novellen, zu Paulus und dem Codex Gregorianus enthielt, soll es anders gewesen sein, als das Breviar selbst? Zumal wo die Benutzung einer Schrift angehört, die lediglich als Teil des Breviars überliefert ist? Muss man es dann für so gut als gewiss halten, dass der Verfasser der Epitome die Interpretation aus dem Westgothischen Gesetzbuche benutzt hat, so hat er natürlich auch die interpretierte Quelle der Westgothischen Kodifikation entlehnt. Aus alledem folgt dann aber mit Notwendigkeit, dass unsere Schrift selbst eine Arbeit des Gesetzgebers gewesen ist.

§ 16. *Fortsetzung.* b. *Mit Bezug auf die Sentenzen des Paulus.*

1. Es bleibt noch übrig, die Texte unserer Schrift zu erörtern, in denen sich eine Benutzung von in den Breviarauszug aufgenommenen Stellen der Sentenzen, bez. der ihnen im Breviar beigegebenen Interpretation, nachweisen lässt. Die Annahme, dass die Epitome Gai aus den Sentenzen schöpft, begegnet damit in der Litteratur nicht zum ersten Male: ja sogar das Verhältnis zur Interpretatio ist, wenn auch nicht in seinem ganzen Umfang, bereits erkannt worden [254]). Nicht alle Stellen, die für eine Benutzung der Sentenzen im Breviarauszug in Betracht kommen, sind gleich beweiskräftig. Ich schicke die Texte geringerer Beweiskraft voraus.

2. Die Vorlage führt mit Bezug auf das Legatum sinendi modo aus, dass diese Legatsart, im Verhältnis zu den beiden Legatsarten des Vindikations- und des Damnationslegats, mehr als jenes und weniger als dieses, hat: denn Sinendi modo könne der Erblasser zwar nicht bloss die eigne Sache, wie beim Vindikationslegat, sondern auch diejenige des Erben, andererseits nicht aber, wie beim Legatum damnationis, eine fremde Sache vermachen (2, 210). Demgegenüber enthält dann unsere Schrift den befremdenden Satz, dass Gegenstand eines Vermächtnisses Sinendi modo, neben der eignen Sache und der Sache des Erben, auch eine fremde Sache sein kann (2, 5, 6). Man möchte annehmen dass diese Aenderung durch den Text der Sentenzen (3, 8, 10) verursacht ist, wonach dem Schuldner dasjenige, was er schuldet, Sinendi modo hinterlassen werden kann [255]). Sodann

---

[254]) Vgl. Hitzig, S. 220. Der Schriftsteller hält es daraufhin für möglich, dass der Autor der Epitome und der Verfasser der Interpretation zu den Sentenzen die gleiche — voralaricianische — Persönlichkeit sind.

[255]) Ich ziehe diese Erklärung des Satzes (et propriam rem testator, et heredis sui, et alienam per sinendi legatum relinquere potest) der Annahme vor, dass die Schrift mit der Erweiterung des Objekts wiedergeben will, was Gaius selbst im Verfolge ausführt (2, 212), dass nämlich nach dem Senatusconsultum Neronianum das Legatum sinendi modo einer fremden Sache aufrecht erhalten wird, wie es heisst, Ac si per damnationem relicta esset. Das Senatusconsultum Neronianum gehört nicht in das System der Schrift (vgl. Note 236) und wird auch sonst nirgends von ihr nutzbar gemacht.

scheint auch das Folgende auf eine Benutzung der Sentenzen hinzuweisen. Gaius (1, 129) lässt, wo er von der Aufhebung der väterlichen Gewalt in Folge der Gefangenschaft bei dem Feinde spricht, das Recht für die Dauer der Gefangenschaft wegen des Ius postliminii in der Schwebe (Pendet ius liberorum propter ius postliminii). Dagegen sagt unsere Schrift, dass der Vater, der von den Feinden gefangen ist, solange er sich bei den Feinden befindet, die Kinder nicht in der Gewalt hat, und konstatiert damit den Untergang der Potestas (1, 6, 2) [256]. Das stimmt überein mit der Äusserung des Paulus (2, 26, 1), dass der Vater, der von den Feinden gefangen ist, aufhört die Kinder in der Gewalt zu haben. Dieser Auffassung gemäss musste dann auch angenommen werden, dass beim Tode des Gefangenen die Gewalt vom Augenblicke seiner Gefangenschaft für beendet zu erachten ist: die Schrift vertritt auch diese Ansicht und hat für den bei Gaius berichteten Zweifel, ob die Patria potestas von der Zeit des Todes oder der Gefangennehmung des Erblassers für beendet gilt, keinen Raum [257].

3. Die genannten Texte zeigen ihre Herkunft aus Paulus in der Übereinstimmung mit Bezug auf die Sache. Dagegen weist eine Reihe von weiteren Stellen, die darum für das angenommene Verhältnis grössere Beweiskraft besitzen, auch die Abhängigkeit von dem Wortlaute der Sentenzen auf, es sei in den Äusserungen des Paulus selbst, es sei in der Fassung der Interpretation. Ich gebe sie ohne Hinblick auf die Reihenfolge des Breviars und beginne mit einem Texte, der sich mit dem Noterbenrecht der Postumi sui beschäftigt (2, 3, 2). Ich bin bei der Erörterung des Standpunkts, den die Schrift mit Bezug auf Hereditas und Bonorum possessio einnimmt, auf diesen Sachverhalt bereits ausführlich zu sprechen gekommen (vgl. § 5, 7) und habe hier lediglich einen Gegenstand zu erörtern, in dem die Schrift Abhängigkeit von dem Breviarauszug der Sentenzen aufweist. Es zeigt nämlich unsere Schrift in folgenden zwei Punkten eine Abweichung von der Vorlage. Einmal in der Hinsicht, dass als Postumi nur diejenigen Personen aufgeführt werden, die zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht am Leben waren, sodass des

---

256) Item si ab hostibus pater captus sit, in potestate, quamdiu apud hostes fuerit, filios non habebit.

257) .. si vero pater, qui ab hostibus captus est, in captivitate moriatur, ab eo tempore, quo ab hostibus captus est, filii sui iuris effecti intelliguntur. Hitzig, S. 198, meint, dass der Schriftsteller mit dieser Entscheidung sich einer von zahlreichen Juristen verteidigten Auffassung, die dann auch Justinian (I. 1, 12, 5) übernommen hat, habe anschliessen wollen.

von Gaius (2, 133 u. 134) erwähnten Falles einer Agnatio postumi in Folge Wegfalls eines vorstehenden Suus nicht gedacht ist. Umgekehrt giebt die Schrift, was Gaius nicht thut, eine Einteilung der Postumi sui, die sie im Auge hat, in zwei Klassen, einmal die Klasse derjenigen, die nach dem Tode des Vaters geboren sind, und sodann derer die bei Lebzeiten des Vaters nach der Testamentserrichtung zur Welt kommen. Diese Unterscheidung findet sich besonders deutlich in einem Texte des Paulus (3, 6, 15) gemacht[258]), der besagt, dass mit Bezug auf Postumi sui, bei Erbeinsetzung für den Fall der Geburt nach dem Tode des Erblassers, die bei seinen Lebzeiten erfolgende Geburt das Testament zu Falle bringt, und kommt dann in der diesem Texte beigefügten Interpretation noch deutlicher und in einer auch in der Form an unsere Schrift anklingenden Weise zum Ausdruck[259]). Es ist dann aber noch darauf hinzuweisen, dass auch der im Breviarauszug sich anschliessende Text zu unserer Schrift, und zwar gerade hinsichtlich der in Frage kommenden Lehre vom Noterbenrecht der Postumi sui, in Beziehung steht: dieser Text (3, 6, 16) erbringt nämlich jenen Sachverhalt der durch Wegfall des vorstehenden Suus eintretenden Agnation eines Postumus suus, welcher in unserer Schrift unerwähnt geblieben ist. Für diese Ausscheidung bietet sich dann die Erklärung, dass der Redaktor der Epitome im Hinblick auf jene dem Gesetzbuch eingereihte Stelle der Sentenzen von einer Aufnahme des entsprechenden Textes in der Fassung des Gaius abgesehen hat, worin eingeschlossen ist, dass seine Arbeit Teil der Kodifikationsarbeit gewesen ist: ja diese Erklärung wird geradezu als die richtige vermutet werden dürfen, da sich ja der Urheber der Schrift mit dem unmittelbar anstossenden Texte beschäftigt hat, wie andererseits die in dem genannten Falle anscheinend zu Tage tretende Rücksichtnahme auf die Sentenzen ihrerseits die Annahme, dass der anstossende Text aus Paulus geschöpft hat, zu stützen im Stande ist. Und wenn ich mich dabei des Satzes bedient habe, dass sich Beweise gegenseitig stützen, die für die Verwertung von Texten der Sentenzen, von denen der eine sich dem anderen anschliesst, erbracht werden, so darf

---

[258]) Bei Ulpian (D. 28, 3, 3, 1) sind die bei Lebzeiten des Erblassers geborenen keine eigentlichen Postumi.

[259]) Ich lasse die Texte einander folgen. Die Interpretation lautet, wie folgt: si pater moriens in testamento suo, sciens, uxorem praegnantem se habere, ita scribat: ut si qui filii post mortem ipsius nati fuerint, heredes sint; si post mortem patris nati fuerint, valeat testamentum. Nam si post testamentum vivo patre nati fuerint, et testamentum pater non mutaverit, rumpent testamentum. GV. lautet also: postumorum duo genera sunt, quia postumi appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint, et illi, qui post testamentem factum nascuntur.



man noch weiter gehen und sagen, dass das Gleiche auch mit Bezug auf die Annahme einer Berücksichtigung mehrerer selbst lediglich benachbarter, nämlich dem gleichen Titel angehöriger Texte der Sentenzen durch den Verfasser der Epitome Gai gelten kann. Eine Berücksichtigung von Texten des Titels der Sentenzen (3, 6 Item de testamentis), dem die beiden erwähnten Stellen angehören, scheint unsere Schrift mehrfach aufzuweisen. Gaius lässt ein älteres Testament durch ein jüngeres und dann auch im Fall einer bedingten Erbeinsetzung hinfällig werden, somit bei Ausfall der Bedingung die Intestaterbfolge eintreten (2, 144). Unsere Schrift wiederholt den Satz, spricht indessen von einer Erbeinsetzung unter einer möglichen Bedingung (2, 3, 4)[260]. Dieser Zusatz ist, vom Standpunkte der Sabinianer, wonach unter Streichung der unmöglichen Bedingung die Erbeinsetzung für bedingungslos zu gelten hat, ganz zutreffend, gründet sich aber schwerlich auf den von Gaius (3, 98) als Meinung der Sabinianer überlieferten Satz, dass die einem Legate hinzugefügte unmögliche Bedingung entfernt wird, zumal ihn Gaius selbst als zweifelhaft vorträgt, sondern auf eine Interpretation zu Paulus (3, 6, 7), die ganz unzweideutig bemerkt, dass die in einem Testament der Erbeinsetzung beigefügte unmögliche Bedingung unverzüglich entfernt wird[261]. Auch in der Erörterung über die Substitution wird die Schrift Text dieses Titels benutzt haben[262], wie schliesslich Auslassungen von Stoff, den Gaius überliefert, mit dem Hinblick auf übereinstimmenden Text des Titels sich erklären lassen[263].

4. Bei der Erörterung über das Damnationslegat heisst es, dass auch die Sachen, welche den Erben nicht gehören, Gegenstand dieser Legatsart sein können und der Erbe sie dann entweder dem Eigentümer abzukaufen oder, im Falle dieser den Verkauf weigert, in Wert dem Legatar zu zahlen hat (2, 5, 2)[264]. Dies

---

[260]) Posteriore quoque testamento, quod iure factum est, id quod ante iure factum fuerat, rumpitur: quodsi facto posteriore testamento.. condicio possibilis, sub qua heres institutus est, impleta non fuerit, is, qui testamentum fecit, intestatus mori videtur.

[261]) Si impossibile aliquid heredi fuerit iniunctum, quod impleri penitus non potest, talis conditio statim submovenda est: quia nullum scripto heredi impedimentum facit. Die Annahme, dass dieser Text die Quelle der Epitome ist, teilt auch Hitzig, S. 221.

[262]) Die Bezeichnung des Vulgarsubstituten als Secundus heres (2, 4 pr.) entspricht der Benennung des Tertio gradu Eingesetzten als Tertius heres in der Interpretation (P. 3, 6, 11). Man darf auch annehmen, dass der Satz von der unbegrenzten Substituierung (G. 2, 174) wegen P. 3, 6, 10, wo nur von drei Graden die Rede ist, gestrichen ist.

[263]) G. 2, 162; 163; 167 = P. 3, 6, 17. G. 2, 238 = P. 3, 6, 9.

[264]) Per damnationem.. legatum.. etiam alienae res.. dimitti possunt; et necesse est heredi aut redimere eam rem, quae iuris alieni est, et legatario tradere, aut si is, cuius est res, vendere noluerit, quantum res illa valebit legatario in pretio compensare.

entspricht dem Vortrage des Gaius (2, 202); es entspricht aber auch der Behandlung des gleichen Thatbestandes bei dem Fideikommiss, wie denn sowohl Gaius (2, 262) als auch demgemäss unsere Schrift (2, 7, 6) bei Behandlung des letzteren der Uebereinstimmung mit dem Rechte des Damnationslegats gedenken [265]). Es wird nun aber dem genannten vom Damnationslegate handelnden Texte in unserer Schrift ein Passus angeschlossen, der sich bei Gaius nicht findet. Er lautet, wie folgt (2, 5, 2): sed si testator rem alienam quasi suam credens, per hoc genus legatum reliquerit, legatarius hoc ab herede petere non potest, et inutile est legatum; nam si sciens alienam esse per legatum dederit, necesse est ab herede aut ipsam rem aut aestimationem rei in pretio legatario dari. Hiermit ist gesagt, dass das Damnationslegat mit Bezug auf eine dem Erblasser nicht angehörige Sache nur dann die geschilderte Wirkung besitzt, den Erben zur Leistung der Sache und eventuell des Geldwertes zu verpflichten, wenn der Erblasser sie ihm bewusst als fremde Sache vermacht hat, hingegen das Vermächtnis ungiltig ist, sobald der Erblasser den fremden Gegenstand für den eignen gehalten hat. Eine Schrift, die, wie die unsrige, nicht vor der Mitte des fünften Jahrhunderts abgefasst ist, wird diesen Satz, in Thatbestand und Rechtswirkung, einer Vorlage haben entnehmen müssen: eine Quelle aber, die ihn ausserhalb des Breviars mit Bezug auf das Damnationslegat berichtet, ist nicht bekannt [266]). Wenn dagegen im Breviar in den Sentenzen (4, 1, 8) das Gleiche mit Bezug auf das Fideikommiss berichtet wird, und zwar mit der Hinzufügung, dass es auch beim Damnationslegat gelte, so wird man doch annehmen müssen, dass ihn unsere Schrift aus den Sentenzen geschöpft hat, um so eher, als die Aufmerksamkeit des Verfassers auf diesen Satz des Paulus durch einen Umstand gelenkt werden musste: es geht ihm im Breviarauszug nämlich ein Text (4, 1, 7) voran, der mit Bezug auf das Fideikommiss den mit dem soeben von dem Damnationslegat berichteten übereinstimmenden Satz überliefert, dass bei Vermachung fremder Sachen der Beschwerte diese selbst und eventuell ihren Wert zu liefern hat. Ganz zweifellos wird aber die Annahme durch den Umstand, dass der Text jenes Zusatzes auch im Wortlaute nach den Sentenzen gearbeitet ist.

---

265) Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est heredi vel legatario rem illam, quae per fideicommissum est relicta, aut redimere et fideicommissario dare, aut pretium eius rei, quantum aestimata fuerit, fideicommissario numerare, sicut in damnationis legato fieri diximus.

266) Wohl mit Bezug auf das Legat überhaupt (vgl. I. 2, 20, 4 und die in ed. Schrader ad h. l. citierten Texte).



Man vergleiche das Si alienam rem tanquam suam testator per fideicommissum reliquerit, non relicturus, si alienam scisset, ut solet legatum, ita inutile erit fideicommissum des Paulus mit den Worten unserer Schrift Si testator rem alienam quasi suam credens, per hoc genus legatum reliquerit, legatarius hoc ab herede petere non potest, et inutile est legatum. Man muss aber auch annehmen, dass in der Epitome nicht allein der citierte Satz des Paulus selbst, sondern gleichzeitig die Interpretation zu diesem Texte benutzt worden ist: dass das mit Bezug auf das Fideikommiss geltende Recht, wonach das Vermächtnis im Falle des Irrtums des Verfügenden über sein Eigentum ungiltig ist, auch beim Legate gilt, sagt zwar, wie der soeben citierte Text zeigt, schon Paulus selbst, dass dieses Legat jedoch das Danmationslegat ist, erst die Interpretation [267]).

5. Gaius begnügt sich mit Bezug auf die Lex Falcidia zu berichten, das Niemandem gestattet sei, mehr als drei Viertel der Erbschaft zu vermachen, und dass dem Erben ein Viertel der Erbschaft gebühre (2, 227). Die Schrift wiederholt den letzteren Satz, fügt aber hinzu, dass der Erbe bei Uebervergabung sich die Falcidia im Wege der Einschränkung der Legate zurückbehalten darf, während das Testament um nichts weniger in Kraft bleibt (2, 6) [268]). Dieser Satz findet sich bei Paulus und zwar vollständig nicht schon bei dem Schriftsteller, sondern erst in der Interpretation (3, 11, 1) [269]).

6. Die Schrift beginnt ihre Erörterung über die Verschiedenheiten der Legate und Fideikommisse (2, 7, 8) mit der Angabe des Sachverhalts, dass ein Fideikommiss für die Zeit nach dem Tode des beschwerten Erben hinterlassen werden kann, nicht aber ein Legat. Hierfür werden wohl die Institutionen das Material geliefert haben [270]). Hingegen lehnt sich der Wortlaut das Textes

[267]) Gewiss richtig, da es sich bei dem Vermächtnis einer fremden Sache eben nur um das Damnationslegat handeln kann.

[268]) Quodsi testator hereditatem suam legatis exinanierit, hoc statutum est, ut Falcidiam sibi de imminutione legatorum heres retineat, constante nihilo minus testamento.

[269]) Paulus selbst sagt lediglich, dass sich der eingesetzte Erbe mit Hilfe der Falcidia die Quart zurückhalten darf. Hingegen heisst es in der Interpretation: valet quidem testamentum: sed heres scriptus quartam sibi ex omnibus bonis retinet testatoris.

[270]) Nämlich einmal G. 2, 232 in den Worten: post mortem quoque heredis inutiliter legatur. Sodann G. 2, 277, wo es heisst: post mortem quoque heredis fideicommissum dari potest. Dass in dem unvollständig erhaltenen Texte G. 2, 269, mit dem die Aufzählung der Verschiedenheiten beginnt, von unserem Sachverhalte die Rede war, ist nicht wahrscheinlich nach den Spuren, die sich davon erhalten haben.

an eine Äusserung des Paulus nebst Interpretation an (3, 8, 4)[271]). Die Annahme einer Benutzung der Sentenzen ist um so wahrscheinlicher, als auch hier der der genannten Stelle des Paulus sich unmittelbar anschliessende Text (3, 8, 5), wie man vermuten darf, von dem Verfasser berücksichtigt worden ist: denn wenn unsere Schrift die Notiz des Gaius, dass das Legat Cum heres meus moritur giltig ist (2, 232), streicht, jener Text des Paulus hingegen diese Bemerkung enthält, so darf man annehmen, dass die Streichung im Hinblick auf den Paulinischen Text geschehen ist[272]). Auch mit Bezug auf eine weitere Verschiedenheit von Legat und Fideikommiss klingt der Text weniger an die Vorlage als an die Parallelstelle an, die sich in der Interpretation zu einem Texte der Sentenzen findet[273]), und ihre Benutzung ist um so sicherer, als die Schrift weithin auf Stellen des Titels De fideicommissis der Sentenzen (4, 1), denen jene Parallelstelle angehört, Rücksicht zu nehmen scheint[274]).

7. Das letzte Beispiel einer Benutzung von Text und Interpretation der Sentenzen liefert unsere Schrift in der Lehre von der Stipulationsbürgschaft. Es heisst hier, dass es der Gläubiger in seiner Macht hat, ob er den Schuldner oder den Bürgen haftbar machen will, und die Auswahl des Hauptschuldners den Bürgen, die Auswahl des Bürgen den Hauptschuldner entlastet, weil mit

---

[271]) Es heisst in der Schrift folgendermassen: fideicommissum ad eum, cui aliquid dimissum est, herede mortuo poterit pervenire, si talis fuerit condicio testamenti; nam legatum ita relinqui non potest. Hinwiederum heisst es in den Sentenzen des Paulus (3, 8, 4): post mortem heredis legari non potest: quia nihil ab herede heredis relinqui potest. Hierzu sagt dann die Interpretation: constitutum est, ut, si quis heredi suo iniunxerit, ut eius heres, cui dixerit, solvat, haec conditio valere non debeat.

[272]) Auch sonst ist, so kann man annehmen, Text der Vorlage mit Rücksicht auf Text in dem in Rede stehenden Titel des Breviarauszugs der Sentenzen, De legatis (3, 8), gestrichen (G. 2, 198 = P. 3, 8, 15. G. 2, 219 = P. 3, 8, 1. G. 2, 229 = P. 3, 8, 2). Dass P. 3, 8, 10 in unserer Schrift eine Aenderung des Textes (2, 5, 6) verursacht hat, ist oben (vgl. sub 2) ausgeführt. Dagegen ist für P. 3, 8, 6 Int. ohne Zweifel unsere Schrift (2, 5, 1) benutzt worden (vgl. Note 10 zum Schluss [lies 272 statt 264]): umgekehrt sollte dieser Text des Paulus an die Stelle von G. 2, 195 treten.

[273]) Es handelt sich um den Satz, dass ein Fideikommiss in einem Kodizill hinterlassen werden kann, das nicht im Testament bestätigt ist. Ich stelle den Text nach der Vorlage (2, 270a), nach der Interpretation zu Paulus (4, 1, 10) und nach unserer Schrift zusammen (2, 7, 8). Gaius sagt: fideicommissum vero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest. In der Interpretation heisst es, wie folgt: per codicillos fideicommissum relictum iure debetur, etiamsi codicilli testamento non fuerint confirmati. Die Epitome stimmt zum guten Teil mit Letzterem wörtlich überein; sie lautet: fideicommissum vero, etiamsi codicilli testamento non fuerint confirmati, nihilo minus debetur.

[274]) Ueber P. 4, 1, 7 u. 8 ist die Erörterungt sub 4 zu vergleichen. Einige Texte werden im Sinne des Autors Ersatz für ausgeschiedenen Text haben leisten sollen (P. 4, 1, 5 u. 6 = G. 2, 249 u. 250. P. 4, 1, 4 = G. 2, 270).

der Auswahl des einen der andere entbunden wird (2, 9, 2). Der Satz, dass mit Inanspruchnahme des einen Schuldners der andere entbunden wird, ist von Gaius in seinen Ausführungen über die Stipulationsbürgschaft (3, 115—127) nicht gegeben und wird, nach der uns zur Verfügung stehenden Ueberlieferung zu schliessen, nicht häufig ausgesprochen sein [275]). Wohl aber sagen die Sentenzen (2, 18, 12), dass die Auswahl des Hauptschuldners den Bürgen und seinen Erben befreit, und die Interpretation giebt diesem Satze auch eine Fassung, die an die in unserer Schrift gegebene Formulierung anklingt [276]).

---

[275]) Hitzig, S. 206, der gleichfalls meint, dass dem Verfasser der Text aus Paulus vorschwebte, weist auf die Konstitution Justinians (C. 8, 40, 28). Die letzte Quelle der Interpretation ist die Konstitution aus dem Codex Gregorianus (vgl. Note 146).

[276]) Unsere Schrift sagt Folgendes: creditor autem, qui pecuniam (p. suam, Cod. Leg.) dedit, in potestate habet ad reddendam pecuniam, quem velit, tenere, utrum ipsum debitorem an fideiussorem. sed si debitorem tenere elegerit, fideiussorem absolvet (absolvit, Cod. Leg.); si vero fideiussorem tenuerit, debitorem absolvet: quia uno electo, quem idoneum creditor iudicavit, alterum liberat. Dagegen heisst es bei Paulus, wie folgt: electo reo principali, fideiussor vel heres eius liberatur. Die Interpretation lautet: si quis contemto fideiussore debitorem suum tenere maluerit, fideiussor vel heres eius a fideiussionis vinculo liberatur.



§ 17. *Nachweis der Bezugnahme der Schrift auf das Westgothisch-römische Gesetzbuch.*

1. Auch wer annimmt, dass wir in der Schrift ein Werk aus der Hand des Kodifikators besitzen, darf nicht erwarten, in ihr einer Bezugnahme auf das Breviar zu begegnen. Hatten die Institutionen selbst mit den Auszügen aus Ius und Leges, mit denen sie später in der Kodifikation zu einem Ganzen verbunden wurden, nichts zu schaffen gehabt, so brauchte auch die Schrift, die sie vertreten sollte, nicht auf jene anderen Teile zu reflektieren, das will sagen, ausgesprochenermassen zu reflektieren: ja im Grunde genommen, sie durfte es gar nicht. Dennoch hat es wohl vereinzelt den Anschein, als sei es der Fall, worin dann ein neues Argument für die Annahme gelegen ist, dass wir in der Schrift die eigne Arbeit des Kodifikators zu erblicken haben.

2. Es handelt sich insbesondere um einen Text, der der von Gaius im dritten Buche behandelten Lehre von der Societät angehört (2, 9, 16 u. 17) [277]) und sich mit ihrer Endigung beschäftigt (2, 9, 17) [278]). In der entsprechenden Erörterung lässt Gaius die Societas auch in Folge von Kapitisdeminution aufhören (3, 153). Unsere Schrift wiederholt den Satz (dissolvitur ergo societas. . capitis diminutione),

[277]) Die Schrift (2, 9, 16) unterscheidet, wie Gaius (3, 148), Societas omnium bonorum (statt Totorum b.) und Unius alicuius negotiationis (statt negotii) und übergeht, ihrem Prinzipe gemäss, Quaestionen, indem sie sich mit der Bemerkung begnügt, dass von den Gesellschaftern der Eine Pecunia, der Andere Opera leisten dürfe (3, 149). Sie giebt den Satz, der von der Grösse der Partes lucri et damni handelt (3, 150), lediglich mit der Angabe wieder, dass die mündliche Verabredung über die Gemeinschaft des Gewinns bindende Kraft besitze. Von der Gemeinschaft des Verlusts handelt P. 2, 16, 1.

[278]) Uebereinstimmend mit Gaius wird der Dissens der Gesellschafter als Endigungsgrund genannt, mit der Begründung, dass die Gesellschaft, wie sie durch Consensus geschlossen, durch Dissensus aufgelöst wird. Ferner der Tod eines Socius und, was mit Contraria voluntas ausgedrückt wird, die Renuntiatio (3, 151 u. 152): wenn die Ausführung der Institutionen über die Folgen doloser Kündigung ausgeschieden ist, mochte es geschehen sein, weil die im Breviar über den Dolus entwickelten Sätze ausreichten (vgl. Conrat [Cohn] S. 27—29). Völlig fehlt, mit der Emptio bonorum selbst (vgl. Note 136), was Gaius (3, 154) von ihrem Einfluss auf die Gesellschaft erwähnt.



fügt aber erläuternd hinzu: id ist si unus ex sociis, sicut frequenter supra diximus, capite fuerit diminutus. Damit kann nichts anders gesagt sein, als dass der Verfasser bereits wiederholt sich darüber ausgesprochen haben will, unter welchen Umständen eine Person Capitis diminutio erfährt [279]). In unserer Schrift ist nun aber nur einmal noch von der Kapitisdeminution die Rede, nämlich in der Lehre von der Entkräftung der Testamente (2, 3, 5) [280]). Gaius verzeichnet in dem der Stelle zu Grunde liegenden Texte, der dem zweiten Buche angehört (2, 145), lediglich den Sachverhalt, dass durch eine Kapitisdeminution des Erblassers nach der Testamentserrichtung das Testament entkräftet wird, verweist aber mit Bezug auf die Modi, wie die Kapitisdeminution vor sich geht, auf die frühere Darstellung im ersten Buche: es ist dies die der Lehre von der Tutela legitima angereihte Erörterung über die Kapitisdeminution (1, 159—163). Unsere Schrift, die die Erörterung nicht aufgenommen hat [281]), streicht dementsprechend jene Verweisung, fügt dagegen der Erwähnung der Kapitisdeminution eine Erläuterung bei. Sie führt darin drei Fälle auf, in denen Capitis diminutio stattfindet, von denen der eine Amissio libertatis, wie die Capitis diminutio maxima, der zweite eine Amissio civitatis, wie die Capitis diminutio media, ist und der dritte der Capitis diminutio minima

---

[279]) Natürlich kann der Text nicht dahin verstanden werden, es sei bereits wiederholt davon die Rede gewesen, dass, mit Bezug auf die Endigung der Societät durch Kapitisdeminution, unter Capitis diminutio die Kapitisdeminution eines Gesellschafters zu verstehen ist. Es wird aber auch nicht lediglich gesagt sein, dass von Kapitisdeminution einer Person bereits wiederholt gesprochen worden ist: denn es hätte keinen Sinn, den wiederholten Gebrauch des Ausdrucks Capitis diminutio zu konstatieren. Der Autor muss vielmehr haben sagen wollen, dass mit Bezug auf die Capitis diminutio bereits wiederholt der Sachverhalt entwickelt worden ist. Es kann sich dies aber nur auf den Sachverhalt der Thatbestände beziehen, da dieser doch erklärungsbedürftig, in der Vorlage auch erklärt ist (1, 159 sqq.) und die offenbar inBezug genommene Stelle der Schrift (2, 3, 5) in der That eine Aufzählung von Fällen liefert, in denen Kapitisdeminution stattfindet. Schliesslich kommt auch in Betracht, dass der Gedanke einer Verweisung hinsichtlich der Kapitisdeminution, wie er hier verwirklicht ist, durch das Vorbild des Gaius an der sofort im Texte zu erörternden Stelle (2, 145 velut cum is, qui fecerit testamentum, kapite deminutus sit; quod quibus modis accidat, primo commentario relatum est), die damit auf G. 1, 159 sqq. Bezug nimmt, veranlasst, bez. eben diese Gaianische Verweisung von hier zu dem Text über die Societät lediglich versetzt sein wird: dann muss aber auch die Verweisung den gleichen Sinn haben, wie bei Gaius, nämlich damit zu zeigen, dass das Quod quibus modis accidat bereits früher dargelegt worden ist.

[280]) Alio quoque modo testamenta iure facta infirmantur, si aliquis post factum testamentum capite minuatur, id est aut ab hostibus capiatur, aut pro crimine in exsilium deputetur. Similiter et is, qui adoptatus fuerit, testamentum, quod antequam adoptaretur fecerat, non valebit.

[281]) Der Agnationsbegriff unserer Schrift (2, 8, 3 u. 1, 7, 1 per virilem sexum propinquitate coniuncti) ist von der Kapitisdeminution unabhängig (vgl. auch Note 323).

angehört, sodass offenbar ein jeder der drei Fälle eine Art der Capitis diminutio repraesentieren soll. Da nun dieser Text jener Notiz in der Lehre von der Societas, die der Erwähnung der Kapitisdeminution gedenkt, auch in unserer Schrift vorangeht, so hat sie ihn ganz offenbar im Auge. Wo findet sich dann aber die weitere Erwähnung, da nach der Äusserung, sie habe häufig (frequenter) stattgefunden, mindestens noch an eine zweite gedacht sein muss? Eine solche bietet ein Text der Sentenzen, der anlässlich der Erörterung der Endigungsthatsachen des Niessbrauchs die Kapitisdeminution aufführt und Kapitisdeminutionsfälle angiebt (3, 9, 13)[282]. Indessen kann diese Stelle als Sitz jener in unserer Schrift in Bezug genommenen Erwähnung der Kapitisdeminution nicht in Betracht kommen, da sie ja mit den Sentenzen des Paulus der Notiz, die von einer vorgängigen Erwähnung spricht, folgt und nicht vorangeht. Ueberdies sind die bei Paulus angegebenen Kapitisdeminutionsfälle zwar auch je ein Repraesentant der drei Arten der Capitis diminutio, indessen andere oder anders formulierte Fälle als die in unserer Schrift verzeichneten. Nur die Adoption, der Fall der Capitis diminutio minima, ist gemeinsam: während dagegen die Sentenzen Verurteilung zur Servitus poenae und Deportatio in insulam für die Capitis diminutio maxima und media einsetzen, spricht unsere Schrift von Gefangennehmung durch die Feinde und von Ueberweisung in das Exil um eines Verbrechens willen. Hat sich dann unser Verfasser geirrt, wenn er von einer wiederholten vorgängigen Erwährung der Kapitisdeminution spricht? Zu der Annahme eines Irrtums giebt der Eindruck, der bisher aus der Schrift gewonnen ist, wenig Anlass. Auch enthält ja in der That ein Text, der im Breviar der Notiz vorangeht, die Interpretation zu einer Konstitution des Codex Theodosianus (2, 19, 1)[283], eine Aufzählung von je einem Falle der drei Kapitisdeminutionen, und diese Fälle sind, von der Capitis diminutio minima abgesehen, bei der die Emanzipation an die Stelle der in den Zusammenhang nicht passenden Adoption getreten ist, jene letzterwähnten Fälle der Capitis diminutio maxima und

[282]) (Usus fructus..) Capitis minutione amittitur, si in insulam fructuarius deportetur vel si ex causa metalli servus poena efficiatur, aut si statum ex arrogatione vel adoptione mutaverit.

[283]) Die Konstitution handelt von der Zuständigkeit der Inoffiziositätsquerel vollbürtiger Geschwister gegen eine Persona turpis. Bei Fortbestand der Agnation soll sie ohne Weiteres zulässig sein (Agnatione durante sine auxilio praetoris petitionis aditus reseretur). Letzteren Satz giebt die Interpretation, wie folgt, wieder: agendi contra testamentum licentia reservatur: si tamen is ipse germanus non pro crimine suo exilio fuerit deputatus aut per captivitatem fuerit servus effectus aut per emancipationem successionis vel actionis iura perdiderit.

media, Gefangennehmung und Ueberweisung in das Exil um eines Verbrechens willen: heisst es dabei in der Epitome Ab hostibus capitur (capiatur) und Pro crimine in exsilium deputatur (deputetur), so spricht die Interpretation von Pro crimine suo exilio (fuerit) deputatus und von Per captivitatem (fuerit) servus effectus. Dass die beiden, resp. die drei Thatbestände auch hier als repraesentative Fälle der drei Kapitisdeminutionen in Betracht kommen, wird zwar nicht gesagt, ergiebt sich indessen nicht allein daraus, dass sie als solche gelten können, ja in ihrer Verbindung füglich als nichts anders gelten können, sondern auch aus dem Umstande, dass die Interpretation ihrer Erwähnung thut, um den in der Konstitution bezeichneten Sachverhalt der Fortdauer des Agnationsverhältnisses durch Angabe der negativen Voraussetzung, die ja die Kapitisdeminution ist, zu umschreiben (vgl. Note 283), und dass die Aufzählung der Kapitisdeminutionsfälle in unsern Quellen (Ulpiani Fragmenta 11, 9—13), insbesondere bei Gaius (1, 158—163), unter dem Gesichtspunkt einer negativen Voraussetzung des Agnationsverhältnisses geschieht. Die Uebereinstimmung, die in der Aufzählung der Kapitisdeminutionsfälle zwischen der Interpretation und unserer Schrift besteht, wird sich nicht schon durch einen in Benutzung einer gemeinschaftlichen Quelle bestehenden Bezug erklären lassen. Keine Quelle weist das Eigenartige des Wortlauts, aber auch des Sachverhalts auf, das beiden Texten eigen ist: weder wird in der Römischen Jurisprudenz, und so auch bei Gaius (1, 160), der Fall der Gefangennehmung, obschon er ja eine Amissio libertatis ist, als eigentlicher Kapitisdeminutionsfall gerechnet [284]), noch wird die strafweise Entziehung des Bürgerrechts eine wegen Verbrechens erfolgende Verweisung ins Exil genannt. Es liegt dann nahe, die Interpretation aus unserer Schrift abzuleiten, da doch an letzterer Stelle die Aufführung von Kapitisdeminutionsfällen durch die bereits der Vorlage angehörige Erwähnung der Kapitisdeminution, bez. die der Vorlage angehörige Verweisung auf die Gaianische Aufzählung, angezeigt war, während für die Interpretation kein zwingender Anlass vorlag, den Sachverhalt der Fortdauer der Agnation in den Sachverhalt des Fehlens der Kapitisdeminution umzusetzen. Geradezu wahrscheinlich aber ist, wie mir scheint, die hier zur Sache dienende Schlussfolgerung, zu der der beschriebene Thatbestand berechtigt. Wir sahen, die Schrift hat mit ihrer Verweisung (2, 9, 17) auf wiederholte frühere Erwähnung der Kapitisdeminution die von ihr selbst an einer vorgängigen Stelle gegebene Ausführung (2, 3, 5)

[284]) Vgl. Cohn, Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts I. 2, S. 68—70.

im Auge. Wir sahen andererseits, dass eine weitere Erwähnung der Kapitisdeminution und sonach die von der Schrift praedizierte mehrfache Erwähnung in der Schrift selbst sich nicht findet. Wohl aber begegnet eine Erwähnung der Kapitisdeminutionsfälle, und zwar eine in der Sache und selbst im Wortlaut im Wesentlichen übereinstimmende, in einem andern Teile des Gesetzbuchs, zu dem unsere Schrift gehört, und zwar in einem der Schrift vorausgehenden Teile, sonach in der That vom Standpunkte der Kodifikation ebensosehr eine zweite wie frühere Erwähnung. Wird dann nicht unsere Schrift mit ihrer Berufung auf wiederholte vorgängige diese zweite Erwähnung im Auge haben? Das kann aber nur dann der Fall sein, wenn die Epitome selbst Kodifikationsarbeit ist: denn wäre auch die Interpretation kein Produkt der Kodifikation, wie sollte die Schrift Anlass haben, auf sie als zweiter und vorgängiger Erwähnung anders sich zu beziehen, als im Rahmen der Kodifikation? Auf eigenartige Weise formuliert dann der Kodifikator die Verweisung von dem einen Teil des Gesetzbuchs auf den andern. Er giebt sich nämlich, als sei die eine wie die andere Äusserung von ihm in Person gethan worden; wir haben, sagt er, an anderer Stelle davon gesprochen (diximus).

3. Auch noch in einem zweiten Fall könnte die Epitome eine Verweisung auf das Breviar enthalten: doch lässt die Sicherheit der Ueberlieferung zu wünschen übrig [285]). Es handelt sich um einen Satz gegen das Ende der Schrift (2, 10, 6), in der Erörterung über das Furtum, den die Ausgaben, wie folgt, lesen: et multa praeterea horum quoque similia sunt secundum legem. Nach der Lex, heisst es somit, giebt es noch mehr der gleichen Art. Es fragt sich, von welcher Art. Dabei kommt in Betracht, dass der Satz die Schrift nicht abschliesst, als sei er eine Schlussklausel des ganzen Werkes oder wenigstens der letzten Partien des Werkes, der Erörterungen über Obligationes ex delicto im allgemeinen (2, 10, 1—5) oder die zuletzt erörterte Deliktsklage (2, 10, 2—5), die Actio furti: die Worte lassen vielmehr noch einen Satz aus der Lehre vom Furtum folgen, der auf Gaius (3, 202) zurückgeht. Danach möchte man meinen, dass die Sache, von der sich etwas in der Lex findet, dasjenige ist, was aus der Lehre vom Furtum unmittelbar zuvor behandelt wurde. Es ist dies der dem Satze des Gaius (3, 195), dass Furtum nicht lediglich in der Wegnahme einer Sache, sondern im allgemeinen in jedweder Kontrektation besteht, entsprechende Sachverhalt, der, wie bei Gaius

[285]) Vgl. hierzu die Noten der ed. Boecking und ed. Haenel ad h. l. (2, 10, 6).

(3, 196) selbst, durch das Furtum des Depositars und Commodatars illustriert wird (2, 10, 3—5). Als die Lex, die noch Weiteres dergleichen enthält, lässt sich dann am füglichsten der Breviarauszug der Sentenzen auffassen, da er mehrere Thatbestände des Furtum überliefert, die sich nicht als Diebstahl charakterisieren [286].

---

[286]) Vgl. die Texte bei Conrat (Cohn), S. 290 u. 291. Es darf schliesslich noch darauf hingewiesen werden, dass der Satz der Schrift, die Freigelassenen Latinischen Standes können unter gewissen Bedingungen Römische Civität erzielen (1, 1, 4 Tamen Latini certis rebus privilegium civium Romanorum libertorum consequi possunt), im Breviar zu seinem Verständnis die Zuhilfenahme von Texten der Kodifikation fordert, da die Schrift nur die Iteratio aufgenommen hat (vgl. Note 158).

§ 18. *Erklärung der Lücken der Schrift aus dem Verhältnis zum Westgothisch-römischen Gesetzbuch.*

1. Ein letztes Argument für die Annahme, dass die Epitome Gai für eine Schöpfung des Kodifikators zu gelten hat, gewähren zahlreiche Lücken, die unsere Schrift im Verhältnis zu dem in den Institutionen behandelten Material aufweist [287]). Denn ihr Vorhandensein lässt sich, wenn man die Schrift nach dem Massstabe einer mit Sorgfalt und mit Urteil unternommenen und ausgeführten Arbeit bemisst, auf keine andere als auf eine Weise erklären, die voraussetzt, dass die Epitome als Teil der Kodifikation abgefasst worden ist. Man darf dieses Schlussfolgern nicht mit Berufung darauf ablehnen, dass die Schrift nach diesem Massstabe nicht gemessen werden darf. Es hat sich gezeigt, dass die Epitome im Punkte der Darstellungsweise den Stempel einer mit Sorgfalt und Urteil abgefassten Arbeit trägt. Nicht minder sind aber auch bei den zahlreichen und zum Teil sehr wesentlichen Aenderungen hinsichtlich des Inhalts, die unsere Schrift den bei Gaius behandelten Materien angedeihen

---

[287]) Es handelt sich dabei nicht um Schein-, sondern um wahre Lücken. Einen Sachverhalt der ersteren Art gewährt in unserer Schrift die Erörterung über das Mandat (2, 9, 18—20 = G. 3, 155—162). Das Mandatum qualificatum (G. 3, 156) wird allerdings nicht genannt: nur vom Mandatum mea und aliena gratia ist die Rede (2, 9, 18 possumus enim aut nostra negotia aut aliena cuicumque agenda mandare); dagegen findet sich bei Paulus (2, 18, 12 u. 1, 9, 5) seine Erwähnung, welchen Texten indessen die Interpretation eine Auslegung giebt, bei welcher der Begriff verloren geht, indem P. 2, 18, 12 das Mandat als Prozessvollmacht aufgefasst, hingegen P. 1, 9, 5 gestrichen wird. Der Westgothische Kodifikator dürfte die Existenz eines Mandatum tua gratia, aus den bei Gaius selbst entwickelten Bedenken, geleugnet haben. Mit Bezug auf die Endigung des Mandats sagt die Schrift das Folgende (2, 9, 19): solvitur mandatum aut morte, cui mandatum est, aut contraria illius voluntate, qui mandavit. G. 3, 159 u. 160 bemerkt das Gleiche, aber von beiden Parteien. Was dabei den Widerruf anlangt, so wird die Schrift auf Ersatz durch P. 2, 15, 1 gerechnet haben, sodass hier wohl eine absichtliche Ausscheidung vorliegt. Wenn dagegen die Schrift lediglich durch den Tod des Mandanten das Mandat enden lässt, so wird wohl ein Missverständnis vorliegen, als sage Gaius (3, 160), dass Utilitatis causa der Tod des Mandanten das Mandat unberührt lasse (sed utilitatis causa receptum est,.. posse me [sc. qui mandatum susceperit] agere mandati actione, ut [sc. ut fieri solet] si mortuo eo, qui mihi mandaverit, ignorans eum decessisse exsecutus fuero).

lässt, die gleichen Eigenschaften zu Tage getreten: es hat sich uns Nichts, geradezu Nichts ergeben, was verraten könnte, dass hier Flüchtigkeit oder Unverstand an der Arbeit gewesen sind. Dass gelegentlich eine Auffassung des Gaianischen Textes vorhanden ist, die dem Sinne ihres Urhebers nicht entspricht, auch wohl unbeabsichtigtermassen nicht entspricht, sodass man es mit einem Missverständnis zu thun hat, kann an diesem Urteil Nichts ändern: wie sollte auch der Autor, der doch mindestens dreihundert Jahre nach der Abfassungszeit der Institutionen seines Amtes waltete, überall das Richtige haben treffen können. Dann aber hat man das Recht zu erwarten, dass der Verfasser der Schrift diese Eigenschaften auch mit Bezug auf die quantitative Wiedergabe des Stoffs bewährt, mit anderen Worten nicht Stoff ausgeschieden, bez. die Vorlage lückenhaft wiedergegeben haben wird, es sei denn unter Umständen, unter denen es auch ein gewissenhafter und verständiger Autor gethan hätte.

2. Diese Vermutung lässt sich nun aber durch den folgenden Sachverhalt noch verstärken. Gewiss ist nämlich manche Streichung, die der Verfasser vorgenommen hat, der Erwägung entsprungen, dass das von Gaius Ueberlieferte, weil es zur Zeit der Abfassung der Schrift veraltet war, in eine Arbeit, die sich die Darstellung des geltenden Rechts zur Aufgabe machte, nicht hinein gehöre. Zur Abfassungszeit der Schrift, das will sagen, wie sich ergeben hat, nicht vor der Mitte des fünften Jahrhunderts, bez. in der Spanne Zeit, die zwischen diesem Momente und der Kodifikation gelegen ist. Dass dem Schriftsteller in der That die Absicht innewohnte, aus der Vorlage eine dem Rechte der Zeit entsprechende Darstellung zu liefern, hat sich uns bereits aus andern Umständen ergeben (vgl. S. 69): wie sollte dann die Ausscheidung des zur Zeit der Abfassung der Schrift Veralteten nicht gleichfalls auf Rechnung der Ausführung des Planes, gleichsam heutiges Römisches Recht vorzutragen, gesetzt werden müssen? Eine grosse Zahl der Lücken, die an anderer Stelle unter dem Gesichtspunkt einer Charakterisierung der Epitome nachgewiesen worden sind, findet damit ihre Erklärung. So giebt die Schrift mit dem Satze, dass in der Römischen Bevölkerung nur ein einziger Ingenuitätsstand vorkommt, und der dementsprechenden Ausscheidung Alles dessen, was sich in den Institutionen auf den Gegensatz im Status civitatis bezieht, lediglich den Stand der Dinge wieder, wie er jenem Zeitalter eignet (vgl. S. 35) [288]. So war für die Manumissio censu, die ja schon zu Ulpians Zeit (Fragmenta 1, 8) ver-

[288]) Die barbarischen Volksstämme, die auf dem Boden des Reiches Sitze erhalten hatten, können ausser Betracht bleiben: vgl. Voigt, Röm. Rechtsgesch. III. 7 u. 10 ff.



schwunden ist, in der Schrift kein Platz mehr (vgl. S. 36)[289]. So mussten Manus[290] und Mancipium, weil sie dem Zeitalter nicht mehr angehören[291], unerwähnt bleiben (vgl. S. 37). Auch dass für die Römische Bevölkerung nur eine einzige Art Ehe, die dann Grundlage der väterlichen Gewalt ist, existiert, somit die Institution einer Doppeltheit der Ehe, Matrimonium legitimum und Matrimonium iuris gentium, geschwunden ist, wird gewiss dem Rechte der Zeit entsprechen (vgl. S. 38)[292]. Schwerlich wird die Frauentutel, die die Schrift ausmerzt, in das fünfte Jahrhundert übergegangen sein (vgl. S. 39)[293]. So kommen ferner in Hinsicht auf die

---

[289]) Wann das Alter des Herrn unter dreissig Jahren aufgehört hat, im Westen ein Freilassungshindernis zu sein, lässt sich nicht feststellen (vgl. S. 37). Im Osten hob es erst Justinian auf (C. 7, 15, 2). Hitzig, S. 196, nimmt an, dass es abgekommen ist, weil man es durch die Freilassung In ecclesia, für die jene Beschränkung nicht bestand, umgehen konnte. Denkbar ist, dass erst der Westgothische Gesetzgeber das Hemmnis entfernt hat.

[290]) Im fünften Jahrhundert ist, wie man weiss, die Manus eine schon seit langer Zeit veraltete Institution gewesen.

[291]) Es könnte sich nur darum handeln, ob sich die Hingabe in das Mancipium für die Zwecke der Emanzipation (bez. Adoption) und als Noxae datio erhalten hat. In ersterer Hinsicht ist zu vergleichen S. 37 u. Note 204. Was die Noxae datio der Hauskinder anlangt, so sagt Justinian (I. 4, 8, 7), es sei ein Recht der Veteres, dem die modernen Zeiten ein Ende gemacht haben, und dass der Satz Ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri bei den Veteres legum commentatores häufig zu finden sei. Das Breviar gedenkt der Noxalklage in Anwendung auf das Delikt der Sklaven (vgl. Conrat [Cohn] S. 253). Auf das Hauskind bezieht sich der Satz der Sentenzen (2, 32, 13), dass bei Verübung eines Furtum durch den Filiusfamilias, der Regel Noxa caput sequitur gemäss, im Falle der Emanzipation die Actio furti gegen das frühere Hauskind gewährt wird. Im Sinne der Kodifikation braucht damit nur gesagt zu sein, dass das Kind haftbar bleibt: zumal wenn man in Betracht zieht, dass in demselben Titel (2, 32, 11 u. 12) mit Bezug auf das Sklavendelikt die Haftung des Herrn ausdrücklich hervorgehoben wird, und dass der Satz Noxa caput sequitur als Regula iuris antiqui, ganz unabhängig von jeder Noxalhaftung, in dem Sinne verstanden wird, dass die Strafe den Thäter trifft (Nov. Maior. 7, 1, 11 = Br. 1, 1, 11).

[292]) Der Gegensatz ist bereits dem Rechte der späteren Kaiserzeit fremd. Er war ja schon fast bedeutungslos geworden von dem Augenblicke, dass er für den Status civitatis des Kindes nicht mehr in Betracht kam, weil es nur einen einzigen Ingenuitätsstatus giebt, und die persönliche Seite der dem in Iustae nuptiae verheirateten Römer vorbehaltenen Patria potestas wesentlich abgeschwächt war (Ius vitae ac necis. Datio in mancipium).

[293]) Konstantin hat die durch die Lex Claudia abgeschaffte Frauentutel der Agnaten in gewissem Umfange erneuert (vgl. C. Th. 3, 17, 2 [C. I. 5, 30, 3]) und Papyrusurkunden aus der Mitte des vierten Jahrhundert behandeln die Tutela mulierum noch als lebendes Institut (vgl. Voigt [vgl. Note 288] S. 262 Note 2 u. Cuq, Les institutions iuridiques des Romains II. 160 Note 7). Um das Jahr 380 scheint indessen die Frauentutel nicht mehr bestanden zu haben. Eine Konstitution vom Jahre 380 (C. Th. 3, 5, 11) ventiliert den Sachverhalt des Empfangs der Sponsalien, bez. des Pactum de nuptiis zu Gunsten der Braut. Bei einem Mädchen unter zehn Jahren werden Vater Mutter Tutor (patri matri tutori) als Empfänger wie als Paciscent ausdrücklich in Betracht gezogen, (bei einem Mädchen zwischen zehn und zwölf Jahren der Vater und der Vormund [pater quisve alius, ad quem puellae ratio pertinet]), bei einer mündigen

Lücken, die unsere Schrift mit Bezug auf das Vermögensrecht aufweist, um die Mitte des fünften Jahrhunderts ohne allen Zweifel die Geschäftsakte der Mancipatio und In iure cessio nicht mehr in Anwendung (vgl. S. 41) [294]. So musste mit dem Schwinden der Institute auf dem Gebiete des Erbrechts insbesondere [295] die Kaduzität der Caelibes und Orbi und die Cretio [296], auf dem Gebiete des Forderungsrechts die Adstipulation [297] und das alte Recht der Stipulationsbürgschaft [298], das Recht der alten Haussuchung beim Diebstahl

---

Person Vater Mutter Kurator (pater... mater curatorve aut alii parentes). Dass im lezteren Falle mit dem Tutor nicht gerechnet wird, lässt sich kaum anders erklären als damit, dass damals die Frauentutel nicht mehr bestand. Wenn anderswo mit Bezug auf den genannten Sachverhalt Tutor und Kurator gleichzeitig erwähnt werden, so wird es, soweit es sich um gleichaltrige oder spätere Konstitutionen handelt, in dem Sinne geschehen sein, dass der Tutor des unmündigen Mädchens und der Kurator des mündigen Mädchens gemeint ist (C. Th. 3, 6, 1 vom Jahre 380. C. Th. 3, 5, 12 vom Jahre 422. C. I. 5, 1, 5 pr. vom Jahre 472). In dem einen Falle einer älteren noch unter der Herrschaft der Frauentutel abgefassten Konstitution (C. Th. 3, 5, 5 vom Jahre 332), wo Tutor und Kurator genannt sind, wird es sich darum handeln, dass neben dem Frauentutor ein Kurator thätig ist. Die Frauentutel wird kaum anders als durch ein Gesetz aus der Welt geschafft worden sein: die Annahme freilich, dass dieses Gesetz die Konstitution vom Jahre 410 über das Ius liberorum (C. I. 8, 58, 1) ist, hat keinen Grund (vgl. Rudorff, Das Recht der Vormundschaft I. 58 ff.).

[294]) Damit verlor dann auch, wie bereits (vgl. Note 72) bemerkt ist, die Einteilung der Sachen in Res mancipi und Res nec mancipi ihre Bedeutung.

[295]) Dass die durch die Lex Voconia eingeführte Beschränkung der Erbeinsetzungsfähigkeit der Frauen nicht mehr galt, liegt auf der Hand (vgl. S. 43).

[296]) Vgl. C. Th. 8, 18, 8. Das Gesetz ist vom Jahre 407. Hierzu ist dann noch zu vergleichen die Interpretation zu einer Konstitution des Jahres 426 (C. Th. 4, 1, 1), die sich der folgenden Worte bedient: cretio et bonorum possessio antiquo iure a praetoribus petebatur: quod explanari opus non est, quia legibus utrumque sublatum est. Dass Caelibat und Orbität keinen Kaduzitätsfall mehr ausmacht, bedarf keines weiteren Hinweises.

[297]) Gaius (3, 117) bringt die Adstipulation mit dem Satze von der Unzulässigkeit der Stipulatio post mortem in Verbindung, indem er ihre Anwendung zu der Zeit, in der der Schriftsteller schreibt, auf den Fall beschränkt erachtet, dass sich der Gläubiger eine Leistung für die Zeit nach seinem Tode machen lassen will. Das Verbot der Stipulatio post mortem ist von Justinian aufgehoben worden (C. 8, 37, 11. I. 3, 19, 13), während unsere Schrift daran noch festhält (2, 9, 7). Man darf aber darum doch nicht sagen, dass auch die Adstipulation erst unter Justinian abgekommen ist, oder dass der Fortbestand jenes Verbotes in unserer Schrift auf Fortbestand der Adstipulation hinweist. Der Umstand, dass Justinian weder sonst noch in Verbindung mit der Abschaffung des Satzes der Adstipulation gedenkt, spricht entschieden dagegen, dass sie erst durch Einwirkung jener Reform abgekommen ist, und es fehlt selbst an jeder Spur, dass sie sich in die spätere Kaiserzeit hinüber gerettet hat.

[298]) Im Justinianischen Recht existieren die alten Bürgschaftsformen nicht mehr und liegen soweit hinter der Kodifikation zurück, dass Justinian ihrer selbst in historischem Bezuge nicht gedenkt (I. 3, 20 pr.). Auch Theophilus (ad h. l.) weiss Nichts davon zu erzählen. Der Codex Gregorianus hat noch einen Titel De sponsoribus et fideiussoribus (vgl. Lex Romana Burgundionum 14, 7) und beide Bezeichnungen gebraucht noch eine Konstitution vom Jahre 392 (C. Th. 3, 15, 1): doch ist es zweifelhaft, ob hiermit noch ein Unterschied im Wesen der Stipulationsbürgschaft bezeichnet werden soll. Die Interpretation des Breviars spricht an letzterer Stelle (eod. l.) nur vom Fideiussor und zu

unvermeldet bleiben (vgl. S. 42, 43, 46)[299]. Sonach lässt sich bezüglich zahlreicher Streichungen zeigen, dass sie auf einem rationellen Plane beruhen, zugleich aber, wie gerade die genannten Beispiele zeigen, dass dieser Plan mit Umsicht und Energie zur Ausführung gekommen ist. Dann aber darf man in der That sagen, dass, wo nach dem Massstabe einer mit Sorgfalt und Urteil unternommenen und ausgeführten Arbeit eine Lücke in der Epitome keine andere Erklärung zulässt als diejenige, welche voraussetzt, dass unsere Schrift aus der Hand des Kodifikators hervorgegangen ist, diese Erklärung allem Vermuten nach die richtige ist. Und die hohe Wahrscheinlichkeit steigert sich, wie man wohl sagen darf, zur Sicherheit, wenn mittels dieses Prinzips so gut wie alle Lücken, die einer Erklärung noch bedürftig sind, in der That auch eine solche finden, sodass jeder Zwang, bei der Erklärung von Lücken auf das Verhalten des Kodifikators einen andern als den genannten Massstab anzuwenden, hinfällig wird. Und thatsächlich trifft es auch zu: auf ein Minimum reduziert sich die Zahl der Lücken unserer Schrift, die, während jede andere Erklärung versagt, sich nicht auf eine Weise erklären lassen, die voraussetzt, dass die Arbeit aus der Hand des planmässig und umsichtig schaffenden Kodifikators hervorgegangen ist. Bezüglich dieser wird dann ein Benefiz, das doch selbst dem guten Homer nicht vorenthalten wird, auch dem Westgothischen Gesetzgeber, ohne Einfluss auf die Wertung seiner gesetzgeberischen Eigenschaften, zuerkannt werden müssen, oder ist der Sachverhalt derart gelagert, dass nur die Lücken unseres Wissens die Anwendung jenes Erklärungsprinzips verbieten[300].

3. Die Ausscheidungen von Institutionenstoff, die auf den Umstand gegründet werden müssen, dass die Schrift als Kodifikations-

---

einem Text der Sentenzen (1, 9, 5), wo von den Bürgen in den drei Formen der Stipulationsbürgschaft die Rede ist, nur von der Fideiussio (vgl. auch P. 5, 35, 2). Ingleichen lässt die Interpretation unter den von Paulus aufgeführten Actiones, quae infitiando in duplum crescunt, die Actio depensi gegen den Sponsor weg (P. 1, 19, 1). Mit den alten Leges (3, 118—123; 127), die für Sponsio und Fideipromissio gelten, ist auch die Lex Cornelia (3, 124 u. 125), die bei diesen und zugleich bei der Fideiussio Anwendung fand, spurlos verschwunden.

[299]) Justinian (I. 4, 1, 4) sagt, dass die Haussuchung nicht mehr im alten Stile geschehe (secundum veterem observationem).

[300]) Keine Erklärung weiss ich hierfür zu geben, dass die Epitome von dem Verbote des Poenae nomine relictum (Legatum, Fideicommissum, Erbeinsetzung) schweigt (2, 235 u. 236; 243; 288). Freilich hat sich das Verbot auch im Justinianischen Rechte nicht erhalten, indem Justinian es abgeschafft hat (I. 2, 20, 36). Ebensowenig weiss ich mir die Ausscheidung von G. 3, 126 (der Stipulationsbürge kann sich nicht für mehr, hingegen wohl für weniger als der Hauptschuldner verpflichten) zu erklären. Das Gleiche gilt von G. 3, 101, ferner etwa von G. 3, 146 u. 147.

arbeit zur Entstehung gekommen ist, sind doppelter Art. Entweder hat nämlich der Gesetzgeber die aus seiner Bearbeitung ausgeschiedene Materie in einem andern Teil des Gesetzbuches behandelt oder er hat sie nicht behandelt, sodass der Stoff in der Kodifikation unbehandelt blieb. Und zwar ist dieses der Fall, weil die Materie nach dem Rechte der Kodifikation bedeutungslos geworden ist. Trägt dann der ausgeschiedene Stoff den gleichen vom Standpunkte der Kodifikation obsoleten Charakter, wie in den soeben erörterten Fällen, so besteht das Besondere des Sachverhalts in dem Umstand, dass hier der Stoff erst durch das Recht der Kodifikation seine Bedeutung verloren hat, sodass sich demgemäss kein anderer Verfasser der Schrift, als der Gesetzgeber selbst, veranlasst fühlen konnte, mit Rücksicht auf den geltenden Status des Rechts den Stoff auszuscheiden. Das beste Beispiel für diese Klasse von Ausscheidungen bietet der aus einem andern Gesichtspunkte bereits behandelte Text (2, 3, 5), der drei Fälle von Kapitisdeminution angiebt, die die drei Arten der Capitis diminutio vertreten sollen, Gefangennehmung durch die Feinde, Ueberweisung in das Exil um eines Verbrechens willen und Adoption (vgl. § 17, 2). Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die Schrift mit dieser Aufführung von Kapitisdeminutionsfällen auf die Erörterung bei Gaius (1, 159—162) zurückgeht, die zu jeder der drei Kapitisdeminutionen einzelne Fälle verzeichnet. Denn nicht allein, dass der Text (2, 145), der jener Stelle der Epitome zu Grunde liegt, selbst auf die genannte Erörterung des Gaius verweist (vgl. S 111), die an zweiter und dritter Stelle angegebenen Fälle sind ja auch in der That bei Gaius verzeichnete Fälle der Capitis diminutio media und minima; die strafweise Ueberweisung in das Exil entspricht in der Sache völlig dem bei Gaius genannten Sachverhalt der Aquae et ignis interdictio und die Adoption ist in den Institutionen des Gaius selbst genannt [301]). Es ergiebt sich dann aber auch, dass die Schrift die von Gaius gemachten Ausführungen über die Capitis diminutio maxima nicht herübernimmt, indem sie, wo Gaius (1, 160) mehrere Fälle angiebt, den Fall der Gefangenschaft einsetzt. Dass die Schrift die bei

[301]) Der Text des Gaius (1, 162), der die Fälle der Capitis diminutio minima angiebt, lautet, wie folgt: quod accidit in his, qui adoptantur, item in his, quae coemptionem faciunt, et in his, qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite deminuatur. Dies liess sich, unter Ausscheidung des Veralteten, im Sinne und für die Zwecke der Zeit dahin verstehen, dass Adoption und eine jede Freilassung aus der väterlichen Gewalt genannt sind. Von dem letzteren Fall konnte die Schrift in der von der Entkräftung der Testamente handelnden Stelle (2, 3, 5) nicht reden, sodass nur die Adoption übrig blieb.



Gaius verzeichneten Fälle übergeht, bedarf lediglich hinsichtlich des Falls der Verknechtung einer Frau Ex senatus consulto Claudiano einer weiteren Erörterung, da mit Bezug auf die übrigen auf der Hand liegt, dass der Schriftsteller für sie keine Verwendung finden konnte[302]). Die Annahme, dass die Uebergehung durch einen Zufall verschuldet ist, muss um so mehr für ausgeschlossen gelten, als die Schrift auch an einer andern Stelle einen Sachverhalt aufnimmt, in dem sich bei Gaius (1, 91) eine Erwähnung des Senatsschlusses findet, diese Erwähnung aber gleichfalls entfernt hat (1, 4, 9)[303]). Wie erklärt sich dann die Streichung? Gewiss nicht aus dem Umstande, dass das Recht des Senatsschlusses im Römerreiche ausser Geltung gekommen war. Bis zum Ausgange des vierten Jahrhunderts ist das Senatuskonsult die Grundlage einer umfassenden Gesetzgebung gewesen und bleibt dann durch die Aufnahme der Konstitutionen in den Codex Theodosianus (4, 12) mit diesem in Kraft und Anwendung, im Westen[304]) und im Osten, wo es schliesslich durch Justinian ausser Geltung gesetzt worden ist (I. 3, 12, 1). Dagegen hat der Westgothische Gesetzgeber von dem Senatusconsultum Claudianum nicht allein Nichts aus Gaius, sondern überhaupt Nichts aufgenommen; er hat die in seinen Quellen, dem Codex Theodosianus und den Sentenzen, dem Gegenstande gewidmeten Titel und sonstige Erwähnungen ausgeschlossen: das will sagen, er hat sich, da ja von einem Zufalle nicht die

---

[302]) Der Gaianische Text (1, 160) ist nicht vollständig erhalten. Sicher ist der Fall der Incensi qui ex forma censuali venire iubentur und der Fall der Verknechtung Ex senatus consulto Claudiano. Dass ein dritter Fall, mit Bezug auf welchen die Handschrift die Worte zu lesen giebt Qui contra eam legem in urbe Roma domicilium habuerint, der Fall des Dediticius ist, der gegen das Verbot der Lex Aelia Sentia in Rom sich aufhält (vgl. 1, 27), ist mir sehr wahrscheinlich. Um von dem zweiten Falle, der im Texte behandelt wird, abzusehen, war der Verkauf Ex forma censuali antiquiert und die Erwähnung des Verkaufs des Dediticius wegens Verbleibens in Rom unter allen Umständen unverwendbar (vgl. S. 92). Der Fall der Gefangennehmung durch die Feinde musste Ersatz bieten. Die Schrift nahm ihn auf, weil er Verlust von Libertas und Civitas bewirkt, wie die Capitis diminutio maxima.

[303]) Gaius lässt, in den Erörterungen über den Einfluss eines Wechsels des Status libertatis der schwangeren Mutter auf den Status des Kindes (1, 88—91), den Sachverhalt einer Verknechtung der freien Mutter Ex senatus consulto Claudiano eintreten (Item si qua mulier civis Romana praegnas ex senatus consulto Claudiano ancilla facta sit ob id, quod alieno servo invito et denuntiante domino eius coierit): unsere Schrift streicht die Erwähnung des Senatsschlusses (si ancilla fiat, — si vero ex ingenua ancilla praegnans facta fuerit). Eine dritte Erwähnung des Senatsschlusses bei Gaius (1, 84) betrifft einen schon zu seiner Zeit unpraktischen Fall.

[304]) Den Beweis liefert, dass sich der Titel des Codex Theodosianus in einer besonderen im Cod. Vat. 520 fragmentarisch erhaltenen Epitome (mit Interpretation), zum Teil unserer einzigen Ueberlieferung des Textes, aufgenommen findet (vgl. Mommsen p. LXXXV u. LXXXVI) (vgl. auch die folg. Note).



Rede sein kann, dem Rechte des Senatusconsultum Claudianum verschlossen [305]). Ist das Westgothische Gesetzbuch nun die einzige bekannte Quelle, von der es der Fall ist, so bleibt doch nichts anders übrig, als sich die Entfernung der auf das Senatuskonsult bezüglichen Partien der Vorlage in unserer Schrift aus der Rücksicht auf den vom Kodifikator bezüglich des Senatsschlusses eingenommenen Standpunkt zu erklären [306]). An dieses Beispiel wird sich die bemerkenswerte Thatsache anreihen lassen, dass die Epitome den Satz der Vorlage, dass das Kind aus der Verbindung einer freien Frau und eines Sklaven frei zur Welt kommt, nicht aufgenommen hat (G. 1, 82) [307]). Während er als Grundpfeiler Römischen Rechts aller Zeiten gelten darf [308]), hat ihn das Breviar nicht ausgesprochen: sollte es, dem Prinzipe der ärgeren Hand huldigend, ihn geleugnet haben [309])? Hier wird man wenigstens mit der Möglichkeit zu rechnen haben, dass die Streichung des Satzes der Rücksichtnahme auf einen Standpunkt des Gesetzgebers ihren Ursprung zu verdanken hat. Auch sonstiges Vorkommen von Fällen,

---

[305]) Paulus enthielt einen Titel De mulieribus quae se servis alienis iunxerint vel ad senatus consultum Claudianum (2, 21 A), der im Codex Vesontinus erhalten ist. Letztere Ueberlieferung liefert einen neuen Beweis hierfür, dass der Senatsschluss in Anwendung blieb. Eine weitere Erwähnung enthält ein gleichfalls nicht in den Breviarauszug aufgenommener Text der Sentenzen (4, 10, 2). Bezugnahmen auf das Recht des Senatuskonsults im Codex Theodosianus, ausserhalb des Titels Ad senatus consultum Claudianum, liefert das Paratitlon der Ed. Gothofredus ad h. t. Vgl. auch Fitting S. 247.

[306]) Zeumer, Neues Archiv d. Ges. f. ält. d. Geschichtsk. XXIII. 407, nimmt an, dass der Senatsschluss bereits um das Jahr 500 aufgegeben worden sei, weil er auch im Edictum Theoderici und in der Lex Romana Burgundionum fehlt.

[307]) Illud quoque his consequens est, quod ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur, et contra ex libera et servo liber nascitur. Es fehlt auch der in diesen Worten ausgesprochene Satz, dass aus der Verbindung eines freien Manns und einer Sklavin ein Sklave geboren wird. Er konnte aber, vom Standpunkte der Kodifikation, fehlen, weil er im Breviar an anderer Stelle zu lesen ist (C. Th. 4, 8, 3 Int. Greg. 6, 3).

[308]) I. 1, 4 pr. et si quis ex matre libera nascatur, patre servo, ingenuus nihilo minus nascitur. Man vergleiche hierzu die in Ed. Schrader ad h. l. verzeichneten Texte.

[309]) Der Satz, dass das Kind der ärgeren Hand und die Nachkommenschaft einer Freigelassenen, die einen Sklaven zum Manne nimmt, dem Sklaven folgt, findet sich in einem Texte, der nach ed. Mommsen (C. Th. 4, 8, 7), zwar nicht der Interpretation (so ed. Haenel), wohl aber der Epitome Monachi des Breviars (C. Th. 4, 8, 3) angehört (si liberta servum duxerit maritum, agnatio servum sequatur, quia ad inferiorem personam vadit origo). Doch mag er der Auffassung des Gesetzgebers entsprechen. Auch der im Breviar aufgenommene Satz (vgl. Note 307), dass das Kind eines Freien von einer Sklavin unfrei wird, konnte als Ausfluss des Prinzips aufgefasst werden. Bezüglich der Nachkommenschaft von Kolonen galt letzters in der That auch, nach einer Novelle Valentinian III (30, 1, 6), die in das Breviar aufgenommen ist (9, 1), indem eine freie Frau, die auf dem Herrengute mit einem Kolonen einen Hausstand begründet hat, Kolonen zur Welt bringt, ja nach erfolgter Denuntiation Sklaven. Die Novelle spricht neben dem Kolonen auch von dem Sklaven (Sklavenkolonen): die Interpretation streicht die Erwähnung des Sklaven, allem Vermuten nach doch auch wiederum von der Annahme ausgehend, dass die von einem Sklaven gezeugten Kinder der freien Mutter,

in denen eine Ausscheidung von Stoff aus dem angegebenen Gesichtspunkte erklärt werden kann, ist nicht unmöglich[310]).

4. Ich gehe nun auf die Streichungen über, die Institutionenstoff betreffen, der sich in der Kodifikation ausserhalb der Epitome Gai behandelt findet. Eben darum aber erklären sie sich, nach dem an unsere Schrift anzulegenden Massstab, aus dem Umstande, dass der Verfasser den Stoff, mit Rücksicht auf jene Behandlung an anderer Stelle, ausgeschieden hat. Denn woher soll es sonst kommen, wenn die Schrift, die Teil des grösseren Ganzen ausmacht, sich des Materials enthält, das in den andern Teilen des Ganzen zum Vorschein kommt? Musste doch die Aufnahme solchen Stoffs vom Standpunkte des Ganzen unerwünscht erscheinen, sei es dass die Behandlung, die dem Stoffe an anderer Stelle zu Teil wird, mit der den Institutionen eignen übereinstimmt, sei es dass sie von ihr abweicht. Im ersteren Falle hätte es lediglich eine Wiederholung gegeben, während sich die Aufnahme von Stoff, der in den andern Teilen des Gesetzbuchs eine von Gaius abweichende Regelung

---

nach dem Prinzipe der ärgeren Hand, unverzüglich Sklaven werden. Eine Zusammenstellung der bezüglichen Texte, nach dem in der Epitome Monachi angegebenen Grundsatze Ad inferiorem personam vadit origo bei Conrat (Cohn), S. 36 u. 37. Damit würde sich auch die Ablehnung des Senatusconsultum Claudianum erklären, da die Nachkommenschaft der Frau auch ohne ihre Verknechtung dem Herrn des Sklaven erhalten blieb.

[310]) Zwei Fälle mögen noch genannt werden. 1) Es ist bereits (vgl. S. 27) darauf hingewiesen worden, dass in unserer Schrift nirgends die auf praetorisches Recht sich gründende Erbberechtigung eine Erbittung bei der Obrigkeit, resp. Gewährung durch die Obrigkeit (Petitio Datio) erfordert. Jedenfalls entspricht dann dieser Sachverhalt dem Rechte der Kodifikation. Denn die Interpretation hebt hervor, dass das praetorische Erbrecht nicht mehr, wie nach Antiquum ius, durch Petitio von den Praetoren erbeten wird (C. Th. 4, 1, 1 ..bonorum possessio antiquo iure a praetoribus petebatur: ..legibus (utrumque) sublatum est). Zu den Leges, die der Text im Sinne hat, gehört zweifellos eine in das Breviar (4, 1) aufgenommene Novelle Valentinian III (20, 1, 5), die die Worte enthält: bonorum possessionis petendae necessitatem (quam) generaliter omnibus relaxamus. Ob damit das Gesetz den von der Kodifikation eingenommenen Standpunkt vertreten will, ist aber eine andere Frage. 2) Wenn in der Erörterung über das Recht der Vormundschaft die Schrift, was Gaius über die Kaution des Vormunds berichtet (1, 199 u. 200), übergeht, so liegt es nahe, den Umstand, dass auch sonst das Breviar hierüber Nichts berichtet, zu der Erklärung der Lücke in dem Sinne zu verwerten, dass der Kodifikator das Institut abgelehnt habe. Letzteres ist auch um deswillen nicht unwahrscheinlich, weil die Interpretation gerade für den Fall, in dem eine Sicherstellung des Mündels unumgänglich war, auf andere Weise für die Interessen des Mündels gesorgt wissen will (C. Th. 3, 17, 4 De his vero, qui cum lege veniunt ad tutelam, si quis ex his videbitur aut deceptus facultatibus aut moribus vilis, admitti non poterit, ne minorum bona depereant), und der zweite Fall, in dem eine Kautionsstellung für nötig galt (I. 1, 24 pr.), der Fall der magistratischen Ernennung Sine inquisitione, nach dem Rechte des Breviars, und zwar auch nach unserer Schrift, nicht vorkommt, da jeder magistratische Vormund Ex inquisitione iudicis gegeben ist (1, 7, 2). Dass sich dagegen in der Justinianischen Kodifikation das Recht der Cautio rem pupilli salvam fore erhalten hat, ist bekannt.

erfahren hatte, von selbst verbot. Ein Verfasser der Schrift, der mit Rücksicht auf die Behandlung des Stoffs in dem Gesetzbuche seinerseits den Stoff in der Bearbeitung der Institutionen ausschied, kann dann aber wiederum Niemand anders als der Gesetzgeber selber gewesen sein. Sehr viele und bedeutende Streichungen sind aus dem Umstande zu erklären, dass sich der Autor durch die Rücksicht auf die Behandlung des Stoffs in der Kodifikation leiten liess. Besonders gilt es von Streichungen von Stoff, der in den andern Teilen des Breviars auf übereinstimmende Weise geregelt ist. Kaum dass der Verfasser in der Vermeidung von Doubletten viel weiter hätte gehen können [311]). Insbesondere haben die Institutionen weithin den Sentenzen des Paulus den Platz geräumt. Muss dies für sicher gelten, so liegt nicht immer klar zu Tage, warum der Gesetzgeber bei Uebereinstimmung in der Behandlung des Stoffs der einen Ueberlieferung vor der andern, insbesondere den Sentenzen vor den Institutionen, den Vorzug gegeben hat. Immerhin ist es mir gar nicht zweifelhaft, dass der Kodifikator auch in dem Punkte der Auswahl die von ihm überall sonst bewiesenen Eigenschaften bewährt haben wird; verschiedene Umstände mögen ihn dabei bestimmt haben, hier die Fassung, die Paulus einem Satze giebt, dort die unmittelbare Verwendbarkeit seines Textes, während die Gaianische Ueberlieferung für die Aufnahme in die Kodifikation eine Zurichtung erfordert hätte [312]), an einem dritten Orte der Umstand, dass der Text der Sentenzen neben dem mit den Institutionen Gemeinsamen noch weiteren Stoff überlieferte [313]). Auf Fälle, wo die Epitome zu anstossenden oder benachbarten Texten der Sentenzen in dem Verhältnis steht, dass sie den einen beim Bau der Schrift verwertet, hingegen Text der Vorlage, der mit dem andern übereinstimmt, ausgeschieden hat, habe ich früher bereits (vgl. S. 104 u. 105) als auf einen Sachverhalt gewiesen, wo die Annahme der Berücksichtigung der Sen-

[311]) Es giebt wohl den Schein von Doubletten. Z. B. ist der Inhalt von P. 4, 13, 4 grossenteils auch in GV. 1, 2 pr. zu finden; immerhin wird, dass das Quotenprinzip nicht erst bei einem Besitz von über achtzehn Sklaven in Betracht kommt, ausschliesslich in den Sentenzen erwähnt. Aehnlich ist das Verhältnis zwischen P. 2, 26, 1 und GV. 1, 6, 2: auch hier enthält der Text der Sentenzen mehr, nämlich den auch bei Gaius fehlenden Text, dass bei Rückkehr Iure postliminii die Gefangenschaft wegfingiert wird. Beispiele der Art lassen sich mehrere erbringen.

[312]) P. 2, 22, 2 sagt: lege Julia de adulteriis cavetur, ne dotale praedium maritus invita uxore alienet. Dies war von dem Gesetzgeber ohne Weiteres zu verwenden. Anders was G. 2, 63 bringt: er fügt nämlich hinzu, die Vorschrift gelte, mag auch der Mann durch Mancipatio oder In iure cessio oder Usucapio Eigentum erworben haben, und es sei zweifelhaft, ob sie auch auf Praedia provincialia Anwendung finde.

[313]) G. 2, 62 u. 64 sagt dass der Pfandgläubiger, obgleich er nicht Eigentümer ist, das Ius distrahendi hat. P. 2, 5, 1 cum Int. giebt nähere Ausführungen.



tenzen als Motiv der Ausscheidung ohne Weiteres zu vermuten ist. Das Gleiche ist aber auch der Fall, wo mitten in einer Lehre die Schrift in der Wiedergabe der Institutionen aussetzt und der ausgeschiedene Stoff im Auszuge des Paulus begegnet, oder wo ein in den Institutionen vorgetragener Gegenstand in der Kodifikation mosaikartig bald in der Gestalt der Sentenzen, bald in der Gestalt unserer Schrift wiederkehrt: denn wenn von der Kodifikationsarbeit im allgemeinen, so muss man von der Bearbeitung einer einzelnen Lehre um so eher annehmen, dass mit Sorgfalt und Urteil zu Werke gegangen ist und darum kein Zufall die Lücke verursacht haben wird. Hierzu gehört z. B., wenn die Schrift (2, 8, pr. 1—6) das Intestaterbrecht des Ius civile mit besonderer Ausführlichkeit nach der Vorlage wiedergiebt (3, 1—11; 13—16), indessen einen einzigen Satz ausscheidet (3, 12), nämlich den Satz In legitimis hereditatibus successio non est, der dann bei Paulus und seiner Interpretation (4, 8, 4) begegnet. So ist bei Behandlung des Legatum per praeceptionem (2, 5, 7 = G. 2, 216; 217; 223) mitten heraus der Satz (G. 2, 219) gestrichen, den dann wiederum die Sentenzen haben (3, 8, 1), dass die Actio familiae herciscundae zu seiner Geltendmachung dient. So findet sich in der Lehre vom Erbschaftserwerb (2, 3, 6 = G. 2, 152—158; 161) die Ausführung des Gaius (2, 162; 163; 167; 169), dass sich der Erwerb der Erbschaft auf den freien, andererseits unwiderruflichen Entschluss, der sich auch in Pro herede gestio bethätigen kann, gründet, nicht in der Epitome sondern bei Paulus (3, 6, 17. 4, 4, 1. 4, 8, 6)[314]). Ja es lässt sich dann selbst annehmen, dass der Schriftsteller Stoff, der in der Vorlage zu einem Satze verbunden ist, auseinandergerissen, teils aufgenommen teils ausgeschieden hat, letzteres um Paulus sprechen zu lassen. So nimmt die Schrift in der Definition des deditizischen Freigelassenen (1, 1, 3) von den vier bei Gaius (1, 13) angegebenen Thatbeständen nur zwei auf, nämlich das Zeichnen mit einem Brandmal und die Auslieferung zu einer öffentlichen Strafe: die Sachverhalte der Fesselung und der Ueberführung auf der Folter sind den Sentenzen vorbehalten (4, 11, 4—8. 4, 11, 3)[315]). Und von den bei Gaius

[314]) Des Sachverhalts, dass Minderjährigen Restitution durch den Praetor zu Teil wird (G. 2, 163), ist C. Th. 2, 16, 1 Int. u. 3 Int., sowie P. 1, 7, 2 gedacht.

[315]) Gaius behandelt die folgenden Fälle, die ich, dem Texte des Schriftstellers folgend, durch Ziffern unterscheide: 1) qui servi a dominis poenae nomine vincti sunt, 2) quibusve stigmata inscripta sunt, 3) deve quibus ob noxam quaestio tormentis habita sit et in ea noxa fuisse convicti sunt, 4) quive ut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, inve ludum custodiamve coniecti fuerint. Hiervon finde ich in unserer Schrift nur den zweiten und vierten, und zwar in umgekehrter Folge, angegeben (qui post admissa crimina suppliciis subditi et publice pro criminibus caesi sunt, — in quorum facie vel corpore quaecumque indicia aut igne aut ferro impressa sunt', et ita impressa sunt, ut deleri non possint).

(3, 92) überlieferten Stipulationsformeln wiederholt die Epitome (2, 9, 2), ausser derjenigen für die Bürgschaft mittels Fideiussio, lediglich das Dabis-dabo: die Gaianischen Formeln Spondes-spondeo und Promittis-promitto liefert dagegen der Breviarauszug des Paulus (2, 3, 1 und 5, 8, 2 Int.)[316]. Die Zahl der Streichungen, die sich aus dem Umstande erklären, dass sich der ausgeschiedene Stoff übereinstimmend oder doch annähernd, wenn auch zuweilen mit sonstiger Materie verbunden, in der Kodifikation an anderer Stelle, besonders in den Sentenzen[317], aufgenommen findet, ist so gross, dass damit diejenigen, die noch einer Erklärung bedürfen, sehr erheblich geringer werden. Was dann die in der Schrift ausgeschiedenen Materien anlangt, an deren Stelle in der Westgothischen Kodifikation eine anderweite Regelung des Stoffes getreten ist, so sind die hierdurch entstandenen Lücken zum Teil sehr umfangreich. Die Regelung, die das Breviar liefert, ist im Wesentlichen die des späteren Römischen Rechts und findet sich demnach nicht im Ius, sondern in den Leges, dem Codex Theodosianus und den Posttheodosianischen Novellen. Aus diesem Grunde sind insbesondere die eingehenderen Erörterungen des Gaius über die obrigkeitliche Tutel und Kuratel (1, 182; 183; 185—187; 198) gestrichen: die Schrift begnügt sich mit der Bemerkung, dass in Ermanglung des

---

[316]) Es fehlt von der Gaianischen Aufzählung, ausser, wie sich von selbst versteht, der Fideipromissionsformel, nur die Formel Facies-faciam.

[317]) Ich lasse bezüglichen Texten des Gaius den korrespondierenden Text der Sentenzen folgen. 1, 53 = 3, 5, 1. 1, 191 (der Tutor haftet Post pubertatem Tutelae iudicio) = 1, 4, 2 (der Tutor haftet Post finitam tutelam bei Beharren in der Administratio auf Rechnungslegung nicht Tutelae, sondern Negotiorum gestorum). 2, 89 u. 95 = 5, 2, 2 (die Quaestio des Gaius, ob auch durch freie Personen Besitzerwerb zulässig ist, wird bejahend entschieden). 2, 112 u. 113 = 3, 4, 1. 2, 251; 253—257 = 4, 2, 1 und 4, 3, 1 u. 3. 2, 257 = 4, 3, 2 (Geltung des Senatusconsultum Trebellianum statt der Stipulationes emtae et venditae hereditatis). 2, 258 = 4, 4, 2—4. 2, 283 (irrtümlich als Fideikommiss und Legat zu viel Gezahltes, nicht aber Ex causa falsa als Damnationslegat zu viel Gezahltes kann zurückgefordert werden) = 3, 9, 76 u. 4, 3, 4 (ist ein in einem späteren Testament oder Kodizill widerrufenes Legat ausbezahlt, so kann es zurückgefordert werden; wer ohne Einhaltung der Quart die ganze Erbschaft als Universalfideikommiss entrichtet, kann nicht zurückfordern). 3, 91 (Condictio indebiti) = 4, 3, 4. 3, 103 (Unzulässigkeit der Stipulation zu Gunsten einer anderen Person als des Gewalthabers) = 5, 2, 2 u. 5, 9, 1. 3, 104 (Unfähigkeit eines Sklaven zur Eingehung einer Schuld) = 2, 13, 4. 3, 106 = 4, 11, 7. 3, 121 = 1, 20, 1. 3, 176 (Begriff der Novation) = 5, 9, 1. 3, 179 (Giltigkeit des Pactum posterior) = 1, 1, 1. 3, 209 = 5, 3, 2 u. 5, 7, 3. 3, 220—225 = 5, 4, 1; 3; 4; 6, 7; 10. Ich will noch darauf hinweisen, dass für die Sätze des Gaius über das Militärtestament (2, 109; 110; 114) die Sentenzen Nichts weiter liefern, als dass der Haussohn, der Soldat gewesen ist, sowohl Communi iure, als auch Proprio iure testieren kann (3, 4, 3): vielleicht meinte der Gesetzgeber, dass damit schon Alles gesagt ist. Mit Bezug auf die Leges entspricht G. 2, 70 u. 71 einer Novelle Theodosius II De alluvionibus et paludibus et pascuis (10, 1).

testamentarischen und gesetzlichen Tutors Vormünder Ex inquisitione iudicis gegeben werden [318]), und überlässt Alles weitere den Sammlungen der Leges [319]). Das Gleiche ist sodann der Fall mit den Erörterungen des Gaius über die Testamentsformen (2, 103—108), das praetorische Testament inbegriffen (2, 114—117; 119—121; 147 u. 149″) [320]), aber auch über die Form der Erbeinsetzung und den Gebrauch von bestimmten Formeln für letztwillige Geschäfte überhaupt (1, 149. 2, 116; 117; 186; 267; 289) [321]). Hierzu gehört ferner auch das Recht der Nachfolge in den Nachlass eines Freigelassenen. Sitz der Materie im Breviar, soweit es sich um die Erbschaft eines Freigelassenen Römischer Civität handelt (G. 1, 35. 3, 39—54), ist die früher genannte Novelle Valentinian III (vgl. S. 89): daneben wurde eine kleine Zahl von Sätzen dem Ius entnommen, doch auch hier nicht nach den Institutionen, sondern in der damit übereinstimmenden Fassung der Sentenzen [322]). Hingegen ist von den bei Gaius (3, 55—71) ausführlich entwickelten Sätzen über das Schicksal des Nachlasses eines Latinen in einer Konstitution des Codex Theodosianus die Rede [323]). Hierzu gehört aber vor allem der

---

[318]) Auch das Fehlen von Texten, die dem Vormunde Verfügungsfreiheit über Mündelvermögen zuerkennen oder das Recht einer Bekräftigung der vom Mündel vorgenommenen Geschäfte gewähren, dürfte hierzu gehören (vgl. Conrat [Cohn] S. 192). Das Fehlen der Texte, die auf eine, wenn auch beschränkte Handlungsfähigkeit des Pupillen weisen, dürfte sich aus der in den Sentenzen (4, 11, 7) begegnenden Gleichstellung des Pupillus mit dem Furiosus erklären. Die in Frage kommenden Stellen in den Institutionen sind die folgenden: 2, 64; 80; 82—84. 3, 91; 107; 109; 119.

[319]) Die Texte sind zusammengestellt bei Conrat [Cohn], S. 184—186.

[320]) Das Recht der Kodifikation mit Bezug auf die Testamentsformen ist verzeichnet a. a. O., S. 361—372. Es wird hiernach im Breviar noch weiter zwischen dem civilen und dem praetorischen Testament unterschieden: der Gegensatz besteht dann m. E. darin, dass beim civilen Testament erforderlich ist, dass die Zeugen mit dem Inhalt des Testaments bekannt werden, mögen sie es auch nicht vorlesen (C. Th. 4, 4, 3 Int. etiamsi non relegant testamentum), während bei dem praetorischen, das darum eine grössere Zeugenzahl erfordert, die Unterzeichner nicht zu wissen brauchen, was in der Testamentsurkunde enthalten ist (Nov. Theod. 9, 1, 2.. rogatis testibus septem numero nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo scripta sunt testamento).

[321]) Vgl. über den Stand des Rechts im Breviar a. a. O., S. 58 u. 59, 181, 372 u. 373.

[322]) 3, 60 = 3, 2, 1. 3, 61 = 3, 2, 3. 3, 62 = 3, 2, 2.

[323]) Nämlich in einem Gesetze Konstantins (2, 22, 1). Das Vermögen fällt, wie ehedem, Iure peculii dem Freilasser zu. Es scheint indessen, dass bezüglich der Personen, denen das Vermögen im Falle Vorversterbens des Freilassers gebührt, die bei Gaius (3, 64 sqq.) stark angefochtene Meinung gelten soll, dass sie die gleichen sind, denen in demselben Falle die Erbberechtigung in den Nachlass des Freigelassenen Römischer Civität zustand, also die agnatischen Kinder. Es heisst nämlich in der Konstitution selbst: omne peculium eius a patrono vel a patroni filiis sive nepotibus, qui nequaquam ius agnationis amiserint, vindicetur. Ist die Annahme richtig (vgl. Note 281), dass nach der Auffassung des Breviars die Agnation durch Kapitisdeminution nicht berührt wird, so sind es nicht sowohl die agnatischen Kinder schlechthin, als die agnatischen Kinder, die nicht eman-

Inhalt des vierten Buchs. Denn das Westgothische Gesetzbuch enthält ja das den Hauptinhalt des vierten Buchs der Institutionen ausmachende Recht über das bürgerliche Verfahren in aller Ausführlichkeit und zumeist von einem Inhalt, der von dem bei Gaius überlieferten Rechte stark abweicht [324]), sodass auch seine Darstellung des Verfahrens nur in verschwindendem Masse hätte verwertet werden können: dass die Aenderung des Prozesses die Schrift auch im Punkte der Darstellung der Doppeltheit des Rechts berühren musste, habe ich bereits erwähnt (vgl. S. 21). Dieser Umstand hat dann offenbar den Autor mit bestimmt, das ganze vierte Buch fallen zu lassen, obschon ja nicht aller prozessualische Stoff veraltet war und noch mehr nicht aller Stoff, den Gaius im vierten Buche zusammenstellte, dem Verfahren angehörte. Hätte sich solcher Stoff für Wiedergabe an der Hand der Vorlage geeignet [325]), so zog der Autor vor, ihn in der Fassung der Sentenzen oder sonstwie aufzunehmen. Hierzu gehört vor allem das Recht der Actiones adiecticiae qualitatis (4, 69—74ᵃ) [326]), der Actiones noxales (4, 75—80) [327]), aber auch Sonstiges [328]). Zuweilen wird man in der Regelung, die dem in der Bearbeitung des Gaius übergangenen Rechtsstoff von dem Gesetzbuche zu Teil wird, kaum eine solche zu erblicken haben,

---

zipiert worden sind. So drückt sich denn auch die Interpretation aus: facultatem illius patronus vel patroni filii vel nepotes, qui tamen per virilem lineam descendunt (vgl. Note 22) et emancipati non fuerint.

[324]) Eine Zusammenstellung der auf das bürgerliche Verfahren bezüglichen Texte nach dem Rechte des Breviars vgl. a. a. O., S. 470 ff.

[325]) Soweit nicht auch hier die spätere Kaisergesetzgebung eingegriffen hat, was hinsichtlich der Aktionenverjährung (vgl. G. 4, 110 u. 111) der Fall gewesen ist (vgl. a. a. O., S. 16 ff.).

[326]) Vgl. die Texte des Breviars a. a. O., S. 249—253. Im Wesentlichen kehrt hier, was Gaius giebt, wieder. Es fehlt indessen die Actio tributoria, was gewiss kein Zufall sein wird.

[327]) Vgl. die Texte des Breviars a. a. O., S. 253. Es fehlt Erwähnung der Haftung des Hausvaters für die Delikte des Haussohns und daher auch die Bemerkung des Gaius über die Noxae datio (4, 79) (vgl. Note 291). Ferner wird unter den Noxalklagen nicht die Actio iniuriarum aufgeführt (G. 4, 76), vermutlich wegen P. 5, 4, 20, welcher Text für den Fall einer seitens eines Sklaven verübten Injurie die Pön nicht in einer Privatstrafe bestehen lässt. Es fehlt auch eine G. 4, 78 entsprechende Erörterung: dass die Persona in potestate dem Gewalthaber Ex delicto aktionenmässig nicht verhaftet ist, mochte selbstverständlich erscheinen, während das Weitere Quaestio ist.

[328]) Beispiele. Steigerung in duplum bei Inficiatio (4, 9) und Pluspetitio (4, 53—53ᵈ): vgl. die Texte des Breviars a. a. O., S. 499 u. 500. Kompensation (4, 61; 65; 66): vgl. a. a. O., S. 310 u. 311. Uebergang der Aktionen auf den Erben (4, 112 u. 113): vgl. a. a. O., S. 14—16. Infamie (4, 182): vgl. a. a. O., S. 148 ff. (die Infamie als Folge einer Verurteilung mit einer Kontraktsklage ist verschwunden). Auch der Besitzschutz (4, 138 sqq.) gehört hierher: vgl. a. a. O., S. 212, 213, 217 ff.

die den bestehenden Status Römischen Rechts lediglich kodifiziert. Im Besonderen scheint es mit Bezug auf die Materie des Damnum iniuria datum (3, 210—219)[329] und die Eigentumsersitzung der Fall zu sein[330].

[329]) Vgl. die Texte des Breviars a. a. O., S. 297 ff. Es scheint, dass nach der Auffassung des Breviars der Anspruch wegen Sachbeschädigung stets auf das Doppelte geht und nicht sowohl die, als eine Lex Aquilia ist (vgl. P. 1, 19, 1 Int.).

[330]) Die Eigentumsersitzung kommt im Breviar nur als Longi temporis possessio vor (vgl. die Texte des Breviars a. a. O., S. 196 u. 197), was dann die völlige Streichung der auf die Usukapion befindlichen Sätze in unserer Schrift zur Folge haben musste (vgl. S. 41 u. Note 72). Mit ihr ist dann auch die Bona fide possessio, die bei Gaius überwiegend als der Vorposten der Usukapion erscheint, ausgeschieden worden (vgl. S. 41).

§ 19. *Schlussausführungen.*

1. Nach alledem darf angenommen werden, dass unsere Schrift ein Produkt aus der Feder des Westgothischen Kodifikators ist. Zum Schluss sei dann noch eine Anzahl von Momenten erwähnt, die sich diesem Ergebnis in besonders glücklicher Weise einfügen. Zunächst dass die Bearbeitung der Institutionen, die im Westgothischen Gaius vorliegt, den eigenartigen Charakter trägt, ein den geltenden Status des Rechts repraesentierendes Werk zu sein. Das verstand sich bei einem Produkte, das Kodifikationswerk ist, von selbst, zumal für den Westgothischen Gesetzgeber, dem es nach dem Commonitorium, mit dem er das Gesetzbuch einleitet, bei der Kodifikation lediglich auf unmittelbare Rechtsanwendung ankam. Wer sich dagegen ohne gesetzgeberisches Mandat die Aufgabe stellte, das alte Institutionenbuch einer Bearbeitung zu unterziehen, konnte sie sehr verschieden auffassen, und kaum wird einer Periode der Rhetorik und der antiquarischen Interessen, wofür doch, im Westen des alten Reichs, die Zeitläufte zu gelten haben, innerhalb deren die Schrift entstanden ist, die Erfassung der Aufgabe in dem Sinne unserer Schrift die kongenialste gewesen sein. Dann verstand sich aber auch von selbst, dass der Kodifikator bei seinem Vorhaben, den Gaius zu einer Darstellung des zeitgenössischen Rechts zu gestalten, anders verfahren ist, als bei den übrigen Teilen des Gesetzgebungswerks, obschon natürlich auch diesen die gleiche Aufgabe gestellt war, den geltenden Status des Rechtes anzuweisen: mit andern Worten, dass er nicht den Originaltext reden liess und nötigenfalls mit einer Explanatio begleitete, sondern lediglich einen umgearbeiteten Text aufnahm. Denn die Leges waren ja im Grunde das Recht der Zeitgenossen, vertrugen aber überdies, Einzelgesetze wie sie waren, nötigenfalls eine Scheidung in Veraltetes und darum Unbrauchbares einerseits, in Zeitgemässes und Geeignetes andererseits. Aber auch bei Paulus liess sich, der ganzen Art des Werkes nach, ohne grosse Mühe, was zur Aufnahme in das Gesetzbuch, sei es auch erst mittels Hinzufügung einer dem Namen nach unter der Flagge einer Interpretation segelnden Erklärung, sich eignete, von dem Unge-

eigneten scheiden. Bei Gaius hingegen wäre es nur zu einem Teile durchführbar gewesen, der Aufgabe, die sich der Gesetzgeber gestellt hatte, auf dem Wege zu genügen, dass er den alten Schriftsteller, sei es auch nur im Auszug, sprechen liess und durch eine Explanatio dem geltenden Rechte anpasste. Um von andern Gründen, die eine Ausführung für die Aufnahme unverwendbar machten, zu geschweigen, war das Obsolete mit dem in Geltung Gebliebenen weithin dermassen verquickt, dass eine Scheidung für die Zwecke der Kodifikation nicht möglich war, andererseits aber zugleich im Verhältnis zu dem Aktuellen derart eingreifend und dominierend, dass es auch nicht durch die Fassung einer Explanatio ausgeschieden werden konnte. Lehren, wie z. B. die von den Tria genera libertatum, von den Ehehindernissen und manches Andere, liessen sich unter Verwertung der Institutionen gar nicht anders darstellen, als es geschehen ist. Dann mussten sich aber auch die Partien, die die in den andern Teilen des Gesetzbuchs eingeschlagene Methode vertragen hätten, fügen, da auf die Arbeit doch nur eine einzige Methode angewendet werden konnte, zumal Nichts hinderte, wo die Vorlage unbearbeitet verwendbar war, den reinen Text der Institutionen in die Bearbeitung aufzunehmen.

2. Die Schrift lässt sich, um hiermit unsere letzten Erörterungen zusammenzufassen, sehr füglich als das Werk eines Kodifikators erklären, was sie nach dem von uns gewonnenen Ergebnisse in der That auch ist. Es darf dann noch darauf hingewiesen werden, dass, wenn nach demselben der Urheber unserer Schrift als germanischer Gesetzgeber sich erweist, dieser Umstand Aufschluss über einen bisher noch nicht aufgeklärten Punkt liefern kann. Ich habe bereits bemerkt, dass unter den Erwerbsweisen des Eigentums die Okkupation unvermeldet bleibt, aber auch unter den Accessionsfällen die Insula in flumine nata nicht erörtert ist (vgl. S. 41). Gaius (2, 66—69) nennt zwei Okkupationsfälle, den Fang der Tiere und Aneignung der Sachen der Feinde. Für die Ausscheidung dieser Erwerbsweisen ist bisher eine Erklärung nicht gegeben. In den Römischen Rechtsquellen haben sie sich. wie man weiss, erhalten (I. 2, 1, 12—17 u. 22). Dass gerade der Westgothische Kodifikator sie abgeschafft hat, ergiebt sich aus seinem Gesetzbuche nicht: es schliesst allerdings, soweit ich sehe, keinen Satz ein, der sie als Erwerbsweisen anerkennt, andererseits aus den freilich nur mangelhaft erhaltenen Quellen des Codex Theodosianus oder der Sentenzen keinen Satz aus, der sich auf sie bezogen hätte. Wohl aber lässt sich von dem Standpunkte eines

germanischen Gesetzgebers begreifen, dass er ihrer nicht Erwähnung thut. Dass z. B., wie Gaius (2, 69) sagt, Quae ex hostibus capiuntur, wobei man doch in erster Linie an Beute denkt, nach Naturalis ratio dem Okkupanten zufällt, widersprach germanischer Rechtsanschauung, konnte dann aber in einem germanischen Reiche natürlich auch nicht für den nichtgermanischen Teil der Bevölkerung gelten: „Sache des Heeres ist die Verteilung der Kriegsbeute". [331]) Entsprechende Gründe mochten den germanischen Gesetzgeber von der Aufnahme des Satzes, dass Alles, was kreucht und fleucht, Omnia quae terra mari coelo capiuntur (G. 2, 66), nach Naturalis ratio der Okkupation unterliegt, [332]) und von der Aufnahme der im Römischen Rechte hinsichtlich der Flussinsel geltenden Regel (G. 2, 72) abhalten. [333]) Dass auf dem Boden des Römischen Privatrechts in den germanischen Reichen germanische Rechtsanschauung sich fühlbar machte, können wir selbst in blossen Litteraturprodukten der Zeit beobachten. [334])

---

[331]) Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgesch. II. 126. Die Äusserung des Verfassers bezieht sich auf das Fränkische Recht (vgl. auch S. 77, wo von dem Anteil des Königs an der Kriegsbeute die Rede ist). Doch darf angenommen werden, dass das bezeichnete Schicksal der Beute einem germanischen Prinzipe entspringt.

[332]) Gaius (2, 67) spricht von dem Fange von Ferae bestiae Vögeln und Fischen. Stobbe, Handb. d. Deutschen Privatrechts [2] II. 664, lässt mit Bezug auf das Wild nur den Grundbesitzer, in den Gemeindewaldungen den Gemeindegenossen jagdberechtigt sein, abweichend von dem Römischen Rechte. Das Recht, in öffentlichen Gewässern Fische zu fangen, habe zunächst Jedermann zugestanden, sich indessen früh als Regal entwickelt. Auch bezüglich der Vögel gilt Eigentümliches und vom Römischen Rechte Abweichendes, ingleichen auch hinsichlich der Bienen, deren Gaius (2, 68) neben den Tauben als Tiere, die den Animus revertendi bezitzen, gedenkt (vgl. Stobbe, a. a. O., S. 655—660): mit Bezug auf Bienen hat sich der Westgothische Gesetzgeber ausdrücklich geäussert (Lex Visig. 8, 6, 1).

[333]) Stobbe, a. a. O., S. 163, meint, dass im Deutschen Rechte frühzeitig die Insula in flumine nata für regal galt. Vgl. auch Schröder, Lehrb. d. Deutschen Rechtsgesch. [4] S. 535.

[334]) Mich will bedünken, dass es insbesondere in der als Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti bekannten Schrift der Fall ist (ed. Krüger, Coll. librorum iur. Anteiust. III. 203 sqq.). In vier von sechs Rechtssachen, die die Kapitel dieser Schrift erörtern, wird auf Anfrage über verschiedene Angelegenheiten einer Frau Auskunft erteilt. Ist ein Teilungsvertrag in Sachen der Frau bindend, wenn der Mann die Frau zum Abschlusse gezwungen, oder wenn er ohne Wissen der Frau abgeschlossen hat (Capp. 1 u. 2)? Ist ein in Sachen der Frau ergangenes Urteil von Kraft, wenn der Mann vor Gericht für sie ohne Prozessvollmacht aufgetreten ist (Cap. 3)? Urteilt ein Ehemann, der ein Richteramt bekleidet, über einen am Vermögen der Frau von Sklaven verübten Diebstahl, mit Einbruch, in eigner Sache (Cap. 8)? Vom Standpunkte des Römischen Rechts liegt eine verneinende Antwort auf diese Fragen, wie sie auch vom Verfasser erteilt wird, auf der Hand: der Zweifel, der die Anfrage veranlasste, wird sich aus einer durch die germanische Auffassung des Gattenverhältnisses als Munt beeinflusste Rechtsanschauung erklären. In einem fünften Falle handelt es sich darum, ob das von dem mütterlichen Grossvater dem Enkel Hinterlassene ihm verbleibt, oder die Mutter, In possessione sua consors, etwa um deswillen, weil sie am Eigen des Kindes Niess-

3. Erklärt das Ergebnis, dass die Schrift ein Produkt des Kodifikators ist, eine Lücke, die am füglichsten auf germanische Rechtsauffassung zurückzuführen sein wird, so kann schliesslich noch bemerkt werden, dass auch die sprachlichen Erscheinungen der Schrift trefflich zu der Annahme passen, dass der germanische Gesetzgeber ein Westgothischer Gesetzgeber gewesen ist: denn die Schrift zeigt in der Sprache Aehnlichkeiten mit den Westgothischen Gesetzen, die in der Lex Visigothorum zusammengestellt sind, insbesondere den ältesten [335]). Diese Aehnlichkeiten sind aber besonders stark mit den Produkten, die, selbst wenn sie nicht ausschliesslich Werk des Kodifikators des Breviars sein sollten, dennoch in sprachlicher Hinsicht als ein Westgothisches Dokument gelten können, indem sie sowohl Westgothischer Bearbeitung unterlegen haben, als auch die Sprache des Westgothischen Gesetzgebers, der sie sich zu eigen machte, beeinflussen mussten: mit der Interpretation zu den übrigen Teilen des Breviars und den Sentenzen im Besondern [336]).

---

brauch besitzt, sich geltend machen darf (Cap. 7*a*). Dem Verfasser ist die verneinende Antwort auch hier ganz selbstverständlich und die Erbringung eines Nachweises mittels Quellenbelegs (C. Th. 8, 18, 7) ein Unternehmen, das lediglich den Zweck verfolgt, der unwissenden Rustizität und Unbilligkeit der Chikane, denen man nicht anders als mittels Texten beikommen könne, zu wehren. Liegt dann nicht auch hier dem die Anfrage veranlassenden Zweifel Beeinflussung durch einen germanischrechtlichen Sachverhalt, den Beisitz der Witwe mit dem Kinde, der ihr die Nutzniessung gewährt, zu Grunde? Leicht könnte dann jene Witwe, die auf das ihrem Sohne zugefallene grossväterliche Gut Anspruch machte, im Beisitz mit ihrem Sohne, worauf ihre Bezeichnung als Konsortin im Besitze trefflich passt, sich befunden und das dem Sohne überkommene Gut lediglich zur Nutzniessung beansprucht haben, wie ja auch die Anfrage das in Betracht kommende Anrecht der Mutter mit dem ihr zustehenden Niessbrauch in Verbindung bringt. Steckt dann vielleicht hinter jener ignoranten „Rustizität", der man nur durch Wiedergabe der Texte Römischen Rechts beikommen kann, neben der ihr vom Autor imputierten Unkunde Römischen Rechts doch auch wieder germanische Rechtsweisheit? Ja ist vielleicht „ignorante Rustizität" im Sinne des Autors nichts anders als ein Scheltname für Germanische Rechtsweisheit? Im Burgundischen Reiche, in dessen Gebiet nach einigen Anzeichen die Entstehung der Consultatio fällt, hatte sich das Institut des Beisitzes erhalten.

[335]) Vgl. Hitzig S. 219. Vgl. auch Zeumer, a. d. Note 306 a. O., XXIII. 470 u. XXVI. 108.

[336]) Vgl. Hitzig S. 219 u. 220. An letzterer Stelle bemerkt Hitzig, dass sich in GV. und der Interpretation zu den Sentenzen dieselben Eigentümlichkeiten der Sprache feststellen lassen (quamdiu im Sinne von donec, contingo im Sinne von contrectare, tenere im Sinne von belangen und Sonstiges [vgl. a. a. O., S. 220 Note 7]).

REGISTER.

Die rechtsstehenden Ziffern verweisen auf die Noten, schräge rechtsstehende Ziffern auf die Seiten des Textes der vorstehenden Abhandlung.

---

1. *Texte des Westgothischen Gaius, die in der vorstehenden Abhandlung aufgeführt sind* [1]).

[1]) Ganze Titel sind im Pr. eingesetzt.
[2]) 1 5, 4 = G. 1, 107.

---

2. *Texte der Institutionen des Gaius, die in der vorstehenden Abhandlnng aufgeführt sind.*

Buch 1.

---

[3]) 2, 5, 4 = G. 2, 205.
[4]) 2, 7, 3—5 = G. 2, 260 u. 261.
[5]) 2, 9, 13 u. 14 = G. 3, 135; 136; 139.
[6]) 1, 10 u. 11 = G V. 1, 1 pr.

[7] 1, 36 = GV. 1, 1, 5.
[8] 1, 50 u. 51 = G V. 1, 3 pr., 1 u. 2.
[9] 1, 59 u. 60 = G V. 1, 4, 1 u. 2.

[10]) 1, 133 = GV. 1, 6, 3.

[11]) Der Text ist a. a. O. einzuschalten.

Buch 2.

---

[12]) 2, 203 = GV. 2, 5, 3.
[13]) So ist a. a. O. zu lesen statt 232.
[14]) Der Text ist a. a. O. hinter 2, 228 einzuschalten.
[15]) 2, 247 = GV. 2, 7 pr.
[16]) 2, 260 u. 261 = GV. 2, 7, 1—5.
[17]) 2, 266 = GV. 2, 7, 7.
[18]) 2, 268 = GV. 2, 7, 8.
[19]) 2, 271 u. 273 = GV. 2, 7, 8.

Buch 3.

[20]) 3, 33 Verweisung auf Proprii commentarii über die Bonorum possessio.

[21]) 3, 82 Universalsuccessionen nach Ius quod consensu receptum est.
[22]) 3, 88—90 = G V. 2, 9, pr. u. 1.
[23]) 3, 135 u. 136 = G V. 2, 9, 13.
[24]) 3, 138 Glossem. 3, 139 = G V. 2, 9, 14.
[25]) 3, 142 = G V. 2, 9, 15.

Buch 4. (Vgl. S. 17 u. 129).

